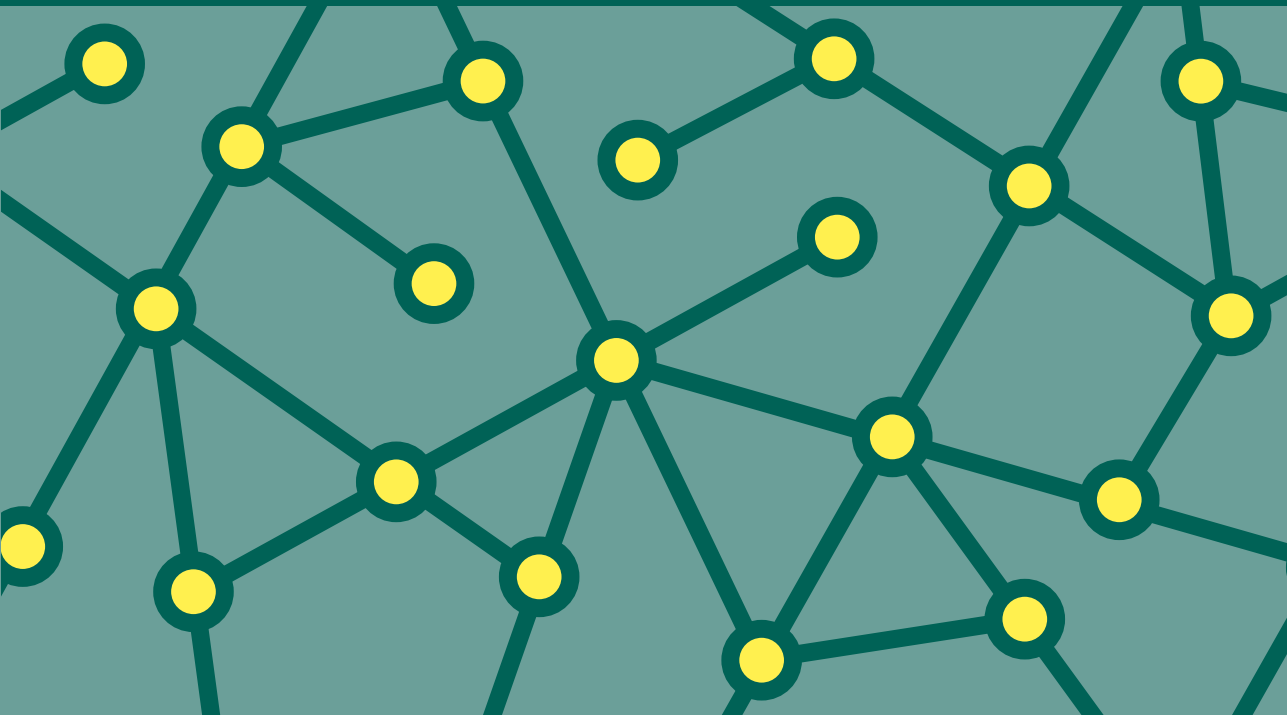
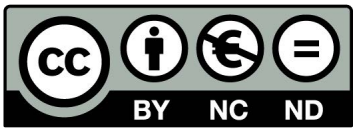
Anuario Aragonés del Gobierno Local

2018

10 | ZARAGOZA 2019 | e-ISSN 2603-7327



La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3762



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
2018

10 | 2019

Publicación número 3690
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
ifc@dpz.es
https://ifc.dpz.es

Diseño gráfico
Víctor M. Lahuerta

e-ISSN 2603-7327

D.L. Z 3714-2010

© de los textos, sus autores. Zaragoza, 2019.
© del diseño gráfico, Víctor M. Lahuerta. Zaragoza, 2019.
© de la presente edición, Institución Fernando el Católico. Zaragoza, 2019.

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

Anuario Aragonés del Gobierno Local

2018

10 | ZARAGOZA 2019

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

Ángel Dolado Pérez
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
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

9 Diez años del *Anuario Aragonés del Gobierno Local* (2009–2019)
Antonio Embid Irujo

INFORMES 13

15 INFORME GENERAL SOBRE EL GOBIERNO LOCAL EN 2017
Antonio Embid Irujo

45 INFORMES SECTORIALES

47 Empleo y organización local
Beatriz Setuáin Mendía

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

93 Contratación local
Jesús Colás Tenas

131 Servicios públicos y contratos de servicios
Pedro Luis Martínez Pallarés

163 Bienes Locales
Eloy Colom Piazuelo

175 Tributos y presupuestos
Joaquín Álvarez Martínez e Ismael Jiménez Compaired

189 Medio ambiente
Fernando Gurrea Casamayor

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

227 El Justicia de Aragón
David Acín

245 Cámara de Cuentas de Aragón
Ignacio Barquero Solanes

ESTUDIOS 271

273 Servicios de modalidad colaborativa: modalidades y diferencias de régimen jurídico
Eloísa Carbonell Porras

321 El nuevo marco normativo de la protección de datos personales: su aplicación a las entidades locales
Rafael Jiménez Asensio

367 La temporalidad en la función pública local
Juan Rosa Moreno

425 Los Ayuntamientos y la nueva realidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana
Carmen Uriol Egido

CRÓNICAS 461

463 Tres años de actividad del Consejo de Transparencia de Aragón
Ana Isabel Beltrán Gómez

493 Contratación de *software* y bases de datos en el sector público
Jorge Collado Gallego

JURISPRUDENCIA 531

533 Sobre el sentido del silencio en las leyes de transparencia de España
Darío Badules Iglesias

549 La Junta General de sociedades mercantiles municipales en la Ley de Capitalidad de Zaragoza
Darío Badules Iglesias

DOCUMENTACIÓN 563

565 Informe 8/2018
De 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

577 Dictamen 126/2018
De 29 de mayo, del Consejo Consultivo de Aragón

RECENSIONES 597

599 Casado Casado, L.:
La recentralización de competencias
en materia de protección del medio ambiente
por José Luis Reverter Valls

602 Reverter Valls, J.L.:
Los conflictos en defensa de la autonomía local
por Ramón Salanova Alcalde

Índice de autores 607

Diez años del *Anuario Aragonés del Gobierno Local* (2009-2019)

Las sociedades (y los hombres dentro de ellas) piensan y actúan en muchas ocasiones movidos por impulsos que devienen de representaciones o símbolos, no en función de estrictas pautas de razonamiento y deducción. Los números –probablemente una de las máximas expresiones del pensamiento creativo racional, sino la mayor- también responden en amplios aspectos a ese significado representativo, simbólico, enormemente gráfico en su simplificación. Y como tales, pueden evocar imágenes, suscitar recuerdos, mover el ánimo. Por todo eso creo que debe dejarse expresa constancia de que con este número se cumple el décimo aniversario de la aparición en 2009 del *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, lo que quiere decir que se han publicado diez Anuarios, y ese número, diez, merece un expreso recuerdo que puede implicar hasta un cierto sesgo de celebración.

Y ello porque durante ese tiempo en las páginas de los sucesivos Anuarios ha quedado reflejado todo lo importante para el régimen local que ha sucedido en nuestra Comunidad Autónoma. Pero también existe en sus sucesivos números huella de la compleja evolución institucional de España en cuanto a los gobiernos locales, pues el Anuario nació con vocación aragonesa, sí, pero con el deseo de no olvidar en ningún momento que el Aragón moderno es el fruto del sistema constitucional nacido felizmente en 1978. En esos diez números sucesivos se ha dejado testimonio de los avatares institucionales de la Comunidad, pero sin perder nunca de vista el papel instrumental de esta, como todas las en-

tidades creadas por los humanos, al servicio de la resolución de los problemas que aquejan a los aragoneses. Cuando alguien, en su momento, haga historia del reciente periplo aragonés, deberá contar necesariamente, si pretende realizar un correcto trabajo, con informaciones y reflexiones que habrán visto la luz en el *Anuario*.

La decisión de la creación del *Anuario* se debió al patronato de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda, entidad hija de la decisión de la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias, que fue acompañada eficaz y generosamente, en todo momento, por la Diputación Provincial de Zaragoza a través de la Institución Fernando el Católico. A los sucesivos responsables de todas estas instituciones durante estos diez años debe agradecerse expresamente el apoyo entusiasta y sin fisuras de ningún tipo a esta iniciativa que todos ellos mostraron siempre.

Como también creo que hay que ofrecer un agradecimiento público a los miembros del Consejo de Redacción de la revista y a los muchos autores, aragoneses, españoles y también algunos extranjeros, que a lo largo de estos diez años han escrito en ella.

Creo –aun cuando siendo persona interesada no debe otorgarse, sin más, carta de reconocimiento a esta opinión– que la labor de la revista ha sido eficaz, y el testimonio de ello es lo que queda en sus páginas para consulta futura una vez cumplido el importante papel de la inmediatez. Solo me queda concluir deseando, públicamente, que otros muchos aniversarios con carga simbólica, vinculados a números con significación tradicional como este, puedan seguir siendo celebrados por quienes, en cada momento, sean responsables del *Anuario*. Y por sus lectores.

Antonio Embid Irujo

Presidente de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda
y Director del Anuario Aragonés del Gobierno Local.

En Zaragoza, capital de la Comunidad Autónoma de Aragón,
a 1 de marzo de 2019

INFORMES

Informe general sobre el Gobierno Local en 2018

Antonio Embid Irujo

I. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA DURANTE 2018 HA ESTADO MARCADA POR EL ÉXITO DE LA MOCIÓN DE CENSURA Y LA SUBSIGUIENTE FORMACIÓN DE GOBIERNO. LA PERMANENCIA DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL INTENTO DE SECESIÓN DE CATALUÑA. ESCASAS NOVEDADES QUE RESALTAR EN ESTE AÑO SOBRE LOS GOBIERNOS LOCALES

No cabe duda de que en 2018 el acontecimiento en torno al cual puede explicarse el desarrollo institucional y político, el sentido de la normativa aparecida, la índole de los problemas jurídicos y políticos planteados y el balance global que, con sus luces y sus sombras, pasará a 2019, es la moción de censura formulada el 25 de mayo de 2018 por el grupo parlamentario socialista contra el Presidente del Gobierno, D. Mariano Rajoy Brey proponiendo como candidato a dicho cargo a D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón. La moción se justificaba en el contenido de la (entonces) reciente sentencia de la Audiencia Nacional sobre el llamado caso «Gürtel» en la que se contenían afirmaciones sobre los beneficios para el Partido Popular derivados del esquema de sobornos ilegales montados, la participación de ese partido en la formación de «un sistema genuino y efectivo de corrupción institucional a través de la manipulación de la contratación pública central, autonómica y local» y la falta de veracidad de Mariano Rajoy, el Presidente del Gobierno, en su testimonio durante el juicio. Frases todas ellas de una carga política (y también jurídica) impresionante, sin la más mínima du-

da, y que, por ello, justificaban, para los proponentes, la necesidad de la presentación de la moción.

Las sesiones parlamentarias para el debate y votación de la moción se celebraron los días 31 de mayo y 1 de junio y, finalmente, la moción salió adelante sustentada en el propio grupo parlamentario socialista al que se unieron los grupos políticos de Unidos Podemos, Esquerra Republicana de Cataluña, Partido Demócrata Europeo Catalán, Compromís, Sortu, Nueva Canarias y otros varios diputados provenientes del grupo mixto, suma que dio el resultado final de 180 votos. En contra votaron el Partido Popular, Ciudadanos, Foro Asturias y Unión del Pueblo Navarro, con un total de 169 votos. El único voto de Coalición Canaria fue de abstención. Total: los 350 votos de los Diputados del Congreso.

El hecho que se ha narrado brevemente presenta distintos signos de singularidad, igual que varios de los acontecimientos que le siguieron. Así, fue la primera vez en la vida democrática de la Nación posterior a 1978 que una moción de censura alcanzó éxito, pues con anterioridad hubo otras tres que fueron derrotadas: la formulada al Presidente Adolfo Suárez por el candidato socialista Felipe González en 1980; la que se dirigió contra el Presidente Felipe González por el candidato popular Antonio Hernández Mancha en 1987 y la que enfrentó al presidente Mariano Rajoy con el candidato de Podemos Pablo Iglesias en 2017[1]. A la moción aprobada siguió la toma de posesión de un Presidente que no era diputado –también la primera vez que eso sucede en la joven democracia española– y la designación por este de un gobierno monocolor, apoyado formalmente solo en los 84 escaños del grupo parlamentario socialista –igualmente la primera vez en la democracia que un Gobierno está sustentado en tan exigua representación política–, aunque contando en los distintos momentos complicados y decisivos que se han sucedido desde entonces con el apoyo de la mayor parte del resto de los votantes de la moción de censura, pese a la hojarasca parlamentaria (los discursos y otro tipo de intervenciones públicas) con que muchas veces se enmascaran en el acontecer político las reales voluntades efectivas, las que cuentan finalmente[2].

1 Las referencias del texto son al plano «nacional». Si se trata del autonómico sí que existe un ejemplo de moción de censura acabada con «éxito» para el censurante. Se trata de la que en septiembre de 1993 y en Aragón, se formuló contra el presidente de la Comunidad Emilio Eiroa (PAR) por José Marco (PSOE) y que, como digo, alcanzó el éxito debido al voto favorable de un tránsfuga del PP, partido que gobernaba la Comunidad en coalición con el PAR.

2 Esto, obviamente, hasta llegar al final, en el que el voto contrario al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019 por parte de los partidos catalanes independentistas, determinó la convocatoria de elecciones generales de la forma que se ha mencionado en la nota 1 de este Informe.

Se inició, así, la vida sin duda difícil y complicada de un gobierno, que conoció la pronta dimisión de dos de sus ministros debido a sucesos de índole diversa (pasados «errores» tributarios en un caso, adquisición de un título de master por una vía equívoca) y la puesta en canción de varios otros también por diversas causas normalmente ligadas a asuntos económicos (de lucro cuestionable en su licitud o de influencia en decisiones de contenido económico) o, en un supuesto, a relaciones con personas consideradas, a todas luces y con completa justeza, como «inconvenientes».

En ese marco no es extraño que la mayor parte de la acción normativa realizada (no muy amplia, ciertamente) se haya basado en decretos-leyes que en su gran mayoría han gozado de ratificación posterior en el Congreso de los Diputados ex art. 86 CE. Pero al margen de otras cuestiones de índole simbólica aunque de importancia menor[3], lo que principalmente marca el período de gobierno es la situación en Cataluña.

Efectivamente; con cierta adecuación en algunos casos y clara exageración en la mayoría, al actual Gobierno se le ha reprochado una actitud excesivamente contemporizadora con el Gobierno catalán. Y ello en cuanto que este usualmente ha seguido, al menos en el discurso, los peores ejemplos de la «rebelión» (dejo la exacta denominación del delito al Tribunal Supremo que juzga los hechos en los momentos en que se concluye este Informe, pero es claro que en términos coloquiales, al menos, se produjo una «rebelión» contra la estructura del Estado, siendo de desear la aparición de la sentencia que establezca, ya oficialmente, la correcta calificación de los presuntos hechos delictivos cometidos) que representó en 2017 la, primero, aprobación de las llamadas leyes de «desconexión» en los albores de septiembre y que, más tarde y pasando por la convocatoria y celebración el 1 de octubre de un referéndum ilegal, desembocó en la proclamación en el Parlament de la «República catalana» el 27 de octubre y la lógica y consiguiente aplicación por los poderes del Estado competentes para ello del art. 155 CE, el mismo día 27. Afortunadamente queda testimonio gráfico abundante de todas estas actuaciones puesto que, en otra circunstancia, estas «chiquilladas» sin ninguna intención secesionista –según puede leerse y escucharse con bastante más habitualidad que lo que una mediana capacidad de asombro permitiría– hubieran quedado difuminadas en el fragor de tantas tertulias del todo inútiles.

En esas circunstancias puede entenderse, como digo, lo adecuado, en ciertos, escasos, momentos, de la llamada a repetir la aplicación del art. 155 CE an-

3 Sobre cualquier otra hay que referirse aquí al propósito de exhumar el cadáver de Francisco Franco del Valle de los Caídos.

te determinadas actitudes del Gobierno catalán y lo evidentemente exagerado que, en muchos otros, ha tenido tal proclama política. Lo que es claro, en cualquier caso, es que por mucho tiempo el caso catalán va a determinar el sentido de la política en el conjunto de España, como lo ha sido cuando la negativa de los independentistas catalanas ha determinado que no haya –por ahora– presupuestos generales del Estado para 2019 lo que propició, como se ha dicho en la primera nota de este Informe, la convocatoria de elecciones generales para el 28 de abril de 2019 siendo más que predecible que durante la campaña electoral la cuestión catalana seguirá siendo eje central de la misma.

Y ello ya se ha podido contemplar con el resultado de las elecciones autonómicas andaluzas de diciembre de 2018 y la consiguiente formación de un Gobierno autonómico (formado por el Partido Popular y Ciudadanos con el apoyo externo de Vox) que ha interrumpido los treinta y seis años de continuidad en el gobierno socialista de esa Comunidad Autónoma. Es posible que sean muy diversas las circunstancias que hayan influido en el cambio bastante radical en el sentido del voto del electorado que ha tenido lugar. Se ha señalado, así, el sentido de la campaña electoral socialista centrado solo en la problemática andaluza, el recelo y hasta rechazo a la emigración, muy intensa porcentualmente en determinados lugares de Andalucía, el cansancio de la permanencia del no-cambio en el poder, la corrupción... Serán (son) los estudios de sociología electoral los que le den el adecuado peso a cada una de las opciones que se han señalado. Pero es seguro que las consideraciones nacionales y el reproche a esa actitud del Gobierno de la Nación con el gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña, no ha estado ausente –sino justamente lo contrario– de las motivaciones de los muchos electores que cambiaron su voto tradicional o no acudieron a las urnas en unas elecciones en las que el porcentaje de abstención fue altísimo, tema capital para la buena salud de la democracia, por cierto, que ha sido normalmente pasado por alto –con completa intencionalidad– en las valoraciones del resultado de las elecciones andaluzas.

En ese marco, ciertamente complejo, no son muchos los datos que en el aspecto institucional y dedicado, preferentemente, a los gobiernos locales pueden resaltarse cuando se hace un balance general, que es el propósito de estos periódicos informes que realizo para el Anuario Aragonés del Gobierno Local. Más bien son muy escasas las referencias sobre los gobiernos locales que es posible llevar a cabo en relación a 2018 y en los siguientes apartados me voy a referir a ellas advirtiendo de que siempre son marginales, aunque necesarias, pues los gobiernos locales, en tal racha de acontecimientos «más importantes» han pasado casi completamente desapercibidos o difuminados. Vamos a comprobarlo.

1. PRÁCTICA INEXISTENCIA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL RÉGIMEN LOCAL ESPAÑOL EN 2018. PERO SÍ UNA SIMBÓLICA MODIFICACIÓN DE LA LEY REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL (LRBRL EN ADELANTE EN ESTE INFORME) Y ALGUNAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVAS A LA POTESTAD REGLAMENTARIA CON EFECTOS SOBRE LAS ORDENANZAS LOCALES Y OTRAS QUE AFECTAN SOLO A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

Como indica la rúbrica, prácticamente no se ha producido legislación de significativa importancia para los gobiernos locales[4] aun cuando, sin embargo, sí que ha tenido lugar una pequeña modificación de la LRBRL de 1985 que, obviamente, debe quedar reflejada aquí. Y se ha procedido a ella mediante Real Decreto-ley lo que no parece la mejor forma, desde luego, de afectar a una norma que es, sin duda, estructuradora de la organización territorial del Estado[5].

Al margen de la reflexión (crítica sin paliativos) sobre lo que es una forma bastante habitual de creación normativa en los últimos años (lo que desplaza, sin ninguna duda, al Parlamento de su teórico papel central en la actividad política, cosa palmaria en España, al menos, desde que se inició la crisis económica en 2008), hay que precisar que la novedad que se comenta procede del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. Su disposición final primera pro-

4 No obstante lo dicho, es justo destacar el Real Decreto-ley 1/2018, de 23 de marzo, por el que se prorroga para 2018 el destino del superávit de las corporaciones locales para inversiones financieramente sostenibles y se modifica el ámbito objetivo de estas (*BOE*, 73, de 24 de marzo de 2018). Se basa (como en años precedentes en la situación de superávit fiscal que ya hace tiempo tienen las entidades locales y, por tanto, en la innecesariedad de mantener controles y prohibiciones de actuación que sí proceden en relación a otras Administraciones con déficit público persistente.

5 Es conveniente notar que por medio de este Real Decreto-ley también se modifica nada menos que el Código Civil, añadiendo un nuevo párrafo segundo a su art. 156 con la siguiente redacción: «Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primer ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos». El texto es más que razonable, incluso parece obligado que esta redacción forme parte del ordenamiento jurídico, pero la forma utilizada, Decreto-ley, es más que cuestionable para cuestiones de esta envergadura jurídica.

cede a añadir un párrafo o) al apdo. 2 del art. 25 de la LRBRL, lo que supone ampliar el ámbito de las competencias propias municipales; y lo hace con la siguiente redacción:

> Actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres así como contra la violencia de género.

Nueva competencia municipal que, debe resaltarse, viene acompañada de una disposición final tercera que fija la manera de distribuir entre los Ayuntamientos los fondos que para ello ya estaban previstos en la disposición final sexta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018. Al contener el Real Decreto-ley el criterio de distribución de los fondos hace posible que estos –ya previstos, y ello es importante recordarlo– lleguen efectivamente a los Ayuntamientos y convierte en plenamente aplicable una disposición que, en otro caso, hubiera corrido el riesgo de ser inoperativa. Solo queda por desear que los Ayuntamientos sepan encontrar la mejor forma de utilización de estos fondos para que la protección contra la violencia de género sea cada vez más eficaz. La sociedad española tiene aquí un problema trascendente y el papel de los Gobiernos locales puede ser importante para solucionarlo[6].

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tampoco ha sido de mediana importancia en el ámbito de lo local durante 2018. Exceptuando una decisión significativa (que se comentará a continuación) y las dos sentencias relativas a problemas específicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (que se tratarán en el apdo. II del Informe) la labor del TC en 2018[7] no ha tenido la importancia y trascendencia que alcanzó en 2016 y 2017, cuando a través de siete sentencias se desactivó la parte más significativa de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. En los informes

6 La exposición de motivos del Real Decreto-ley se refiere en dos párrafos de su apdo. VI al encargo hecho a los Ayuntamientos y concluye justificando la modificación de la LRBRL. Ello se hace, dice, para «poder permitir el desarrollo de políticas contra la violencia de género, y que dicha modificación se realice con toda celeridad, para evitar que las posibles actuaciones previstas por las entidades locales no puedan ser desarrolladas por la falta de adaptación de las disposiciones legales vigentes, algo que redundaría en un enorme perjuicio para las mujeres víctimas de la violencia de género, así como sus hijos e hijas».

7 Debería adicionarse también, aunque la cuestión es menor, la mención de la STC 79/2018, de 5 de julio, que resuelve el conflicto positivo de competencia 4225-2017 planteado por el Gobierno de Canarias respecto del art. 1.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del sector público local. Como podrá observarse, este RD es uno de los resultados normativos de la LRSAL. El TC rechaza el conflicto de competencias aunque se preocupa de dejar hueco a la intervención de la normativa canaria en tal control.

generales relativos a dichos años fue tratada esta jurisprudencia y a ellos remito para quien tenga interés en el sentido de la misma

La única sentencia, entonces, que debe comentarse aquí es la 55/2018, de 24 de mayo (suplemento al *BOE,* 151, de 22 de junio de 2018) que trata del recurso de inconstitucionalidad 3628-2016 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas (LPAC en adelante en este Informe). La sentencia trata de distintas cuestiones pero aquí voy a comentar solo lo relativo a la declaración de inconstitucionalidad o constitucionalidad de distintos preceptos contenidos en el título VI de la LPAC, arts. 127 a 133, por su relación (indirecta) con un tema de evidente trascendencia local, como es el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En este punto la Sentencia va a ampliar el punto de mira que ya usó el TC cuando en la Sentencia 91/2017, resolvió el recurso formulado contra los arts. 4-7 de la Ley de Economía Sostenible de 2011, preceptos que son antecedente de los mencionados –y recurridos– de la Ley 39/2015. Como se puede observar fácilmente con la consulta de todas las fechas proporcionadas, la Ley 39/2015 se aprobó cuando todavía no había aparecido la Sentencia 91/2017, lo que sirve de justificación para el amplio contenido sobre el tema de la actual 55/2018 y, además, proporciona elementos de indiscutible ayuda para los operadores jurídicos. Es claro, sin embargo, que el mero texto de la Sentencia no permite resolver todos los problemas que hipotéticamente se pueden presentar en relación, específicamente, al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de las entidades locales lo que hace más que predecible el surgimiento de futuros conflictos sobre, precisamente, el procedimiento a aplicar para la elaboración y aprobación de las ordenanzas y reglamentos locales.

La STC 55/2018 en su fdo. jdo. 7 trata del reparto competencial entre Estado y CC AA sobre los distintos preceptos incluidos en el Título VI de la LPAC de 2015. Por tanto nada expreso puede buscarse en él que afecte directamente a las entidades locales, pero sí por vía indirecta y ese es un campo propicio para la interpretación jurídica.

Desde luego se declara fuera del orden constitucional de competencias cualquier referencia de los preceptos mencionados al ejercicio de la potestad legislativa por parte de las CC AA y ello porque estos preceptos «invaden...las competencias que estas tienen estatutariamente atribuidas en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes» [fdo. jdo. 7.b)]. Pero ello no supone que estos preceptos sean del todo inconstitucionales y, consiguientemente, puedan anularse por la Sentencia, y ello porque son perfectamente válidos para el ejer-

cicio de la iniciativa legislativa por parte del Estado y es en ese único sentido en el que deberán ser aplicables en el futuro.

Y en cuanto a la potestad reglamentaria de las CC AA se destaca que los preceptos impugnados pueden, en su mayoría, integrarse en el título de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» (art. 149.1.18 CE) y, por tanto, serían constitucionales (lo que también había sido afirmado, en general, por la STC 91/2017). Ese amparo lo merecen todos los preceptos impugnados de la LPAC excepto el art. 132 y algunas partes del art. 133. En concreto, todo el art. 133 es inaplicable a las CC AA exceptuando lo que dice el primer inciso de su apdo. 1 («con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública») y el primer párrafo de su apartado cuarto («podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a estas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen»). Pero los preceptos, como he indicado hace un momento desde otra perspectiva, no se declaran inconstitucionales ni tampoco se anulan en tanto en cuanto serían aplicables al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Estado (como lo que he indicado antes en relación a la potestad legislativa)[8].

En lo que hace referencia, por tanto, al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de las CC AA no cabe duda de que ellas a través de sus propias leyes de gobierno y administración podrán especificar el completo procedimiento de elaboración de sus normas reglamentarias –como lo suelen hacer hasta ahora– respetando lo que de básico queda en la Ley 39/2015 y adicionando los trámites procedimentales que consideren necesarios y no contravengan lo que de básico siguen teniendo los preceptos cuestionados de la Ley 39/2015. Pero en cuanto a la potestad reglamentaria de las entidades locales quedan algunas dudas que me hacen predecir, como ya he indicado, el surgimiento de problemas y, en todo caso, la necesidad de proceder a más amplios estudios basados en la posición específica que las entidades locales y sus normas tienen en el ordenamiento jurídico español y en la forma de aplicarse este.

Y ello porque puede defenderse, en principio, que la normativa que no es básica para las CC AA sí que podría formar parte del ordenamiento jurídico aplicable para las entidades locales, al menos con algunas reservas. Porque sigue

8 Esta doctrina está reafirmada en la muy breve STC 110/2018, de 17 de octubre, suplemento al *BOE*, 280, de 20 de noviembre de 2018.

siendo verdad que el régimen local español es «bifronte» y que, por tanto, hay normas que como obligatorias para las entidades locales puede crear específicamente el Estado (a través de la LRBRL o normativa de semejante índole y recuérdese la relación directa que se establece en su art. 5 entre la normativa básica del Estado y los reglamentos orgánicos municipales y que quedó consagrada como adecuada a la Constitución en STC de 1989 sobre la LRBRL). Como también lo es que pueden asumir las CC AA el papel de desarrollar la normativa básica del Estado y hacerla aplicable no solo para sí sino también para las entidades locales de su propio territorio. Lo que puede ser, además, de singular importancia en caso de abstención reguladora por el propio Estado.

Además y en torno a estas cuestiones, ya de por sí complicadas, se podría poner la guinda de las dificultades interpretativas recordando el carácter supletorio de la normativa estatal (ex art. 149.3 CE) respecto a la normativa de las CC AA y, por tanto, reforzar, de esa manera, el carácter de aplicabilidad para las entidades locales de los preceptos de la LPAC que siguen vigentes.

Ante estos distintos vectores susceptibles de jugar en direcciones contrarias, sería más que deseable una actitud «positiva» por parte de la normativa del Estado (LRBRL) y de las CC AA estableciendo procedimientos claros y seguros para que las entidades locales pudieran proceder a la elaboración de sus ordenanzas y reglamentos con vistas a intentar eliminar preventivamente los posibles conflictos –en todo caso inseguridades– que pudieran surgir. Claro que esto es un pío deseo que debe postular necesariamente cualquier jurista aunque no dude –como yo no dudo– que no son estas ni preocupaciones semejantes las que mueven ahora (y durante bastante tiempo más, presumo) la actuación de los distintos legisladores existentes en España.

2. La evolución del número de empleados públicos sigue la línea de aumento sostenido que ya se pudo apreciar en el año 2017. Consideraciones específicas sobre los aumentos de empleados públicos en las Administraciones Locales y reflexiones específicas sobre el aumento de empleados públicos en la Comunidad Autónoma de Aragón

Desde la aparición del Anuario en 2009 confecciono cuadros a incluir en los sucesivos Informes generales que tratan de la evolución del número de empleados públicos (partiendo, como fecha de referencia, del número de empleados públicos a 1 de enero de 2008) con sus correspondientes comentarios y lo hago respondiendo a distintas razones que fueron válidas en aquel momento y siguen siendo válidas en la actualidad.

En su origen me movió primariamente una necesidad de fijar cuál era el estado del empleo público en las entidades locales y seguirlo a lo largo del tiempo, porque ello era, sin duda, un elemento (uno más) indicativo de la salud del régimen local español en cuanto prestador de servicios para los ciudadanos; y de su coste también, obviamente, al menos en el ámbito del personal. A ello se unía la poderosa razón de que nos encontrábamos justo en el inicio de la tremenda crisis económica cuyos coletazos aún se viven en este momento (y ahora se especula si no estaremos en el inicio de una nueva crisis económica por la falta de solución a los problemas concretos de la cuantiosa deuda pública existente en muchos países, entre ellos y de manera sobresaliente en España[9]) siendo una de las «recetas» en aquel momento adoptadas la de la reducción de gastos del sector público lo que conllevaba, lógicamente, también una reducción en la cantidad de personas ocupadas en el empleo público (así como de sus retribuciones). Por eso mismo, partir del número de empleados públicos existente con anterioridad al inicio de la crisis económica (de ahí la referencia al 1 de enero de 2008) y compararlo con el presente, podía configurarse siempre en un poderoso elemento del que deducir consecuencias útiles, sin ninguna duda.

Pues bien, en el momento en el que se escriben estas páginas, hay que observar que desde el punto de vista normativo se han derogado ya la mayor parte de las normas restrictivas del empleo público propias de la crisis económica, tanto en el aspecto del acceso al mismo como de las retribuciones concretas de los empleados públicos y otros aspectos de su estatuto (días de asuntos propios y otros). De tal forma que se puede llevar a cabo una interesante comparación entre el número de empleados públicos de las distintas Administraciones Públicas en el período 2008-2018[10]. Para ello me sirvo de un instrumento seguro para esta labor, como es la consulta al *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de*

9 De algo más del 97 % del PIB al finalizar 2018, según se manifiesta en informes oficiales aparecidos a mediados de febrero de 2019. Un porcentaje ciertamente impresionante y que se resiste a bajar con rotundidad (al finalizar 2017, un año antes, el porcentaje de deuda sobre el PIB era del 98 %). Es evidente que aun con un crecimiento del PIB sostenido (más del 2,5 % en los dos años referenciados), la deuda no baja sustantivamente, porque el gasto público no lo hace tampoco. En el horizonte de una probable (no segura) subida de los tipos de interés durante 2019, las cifras son preocupantes.

10 Debiendo siempre tener presentes algunos factores relevantes. Por ejemplo, la prolongación de la edad de jubilación, que afecta tanto al empleo público como al privado, pero que en el ámbito que nos es propio marca la necesaria permanencia en el trabajo a muchas personas que, anteriormente, habrían accedido a la condición de jubilados. Ello determina necesariamente que la cuantificación de las ofertas de empleo público anuales, deban tener en cuenta esa circunstancia y, por tanto, ser teóricamente menos numerosas de lo que podrían, también teóricamente, haberlo sido.

las Administraciones Públicas, que confecciona el Ministerio en cada momento encargado en el ámbito de la AGE del empleo público, y ello con base en las informaciones que proporciona el Registro Central de Personal.

De esa forma, el marco general a tener en cuenta es el que puede seguirse en el siguiente:

CUADRO 1

Personal al servicio de las Administraciones Públicas. España
Evolución de 1-1-2008 a 1-7-2018

FECHA	AGE	UNIVERS.	CCAA	AYUNT.	DDPP	TOTAL
1-1-2008	**561.551**	**97.489**	**1.260.575**	**540.847**	**82.367**	**2.582.846**
1-1-2009	583.447	102.894	1.300.232	549.442	80.063	2.659.010
1-1-2010	597.021	103.653	1.332.844	580.869	77.036	2.680.219
1-1-2011	592.531	103.106	1.348.492	573.223	74.265	2.690.099
1-7-2012	579.892	154.768	1.351.863	526.248	70.964	2.636.181
1-7-2013	567.263	150.074	1.281.373	487.997	61.013	2.547.720
1-7-2014	540.462	148.697	1.277.212	495.664	60.596	2.522.631
1-7-2015	531.324	149.967	1.284.819	514.558	62.159	2.542.787
1-7-2016	524.314	152.548	1.298.132	486.962	60.863	2.522.819
1-7-2017	514.372	151.339	1.303.641	504.235	61.906	2.535.493
1-7-2018	**512.577**	**157.111**	**1.340.939**	**509.737**	**63.130**	**2.583.494**
% 2008-2018	**-10,5 %**	**+61,15 %**	**+6,37 %**	**-5,75 %**	**-23,35 %**	**+0,25 %**

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

Y como gran conclusión lo primero que es fácilmente observable es que el número total de empleados públicos a fecha 1 de julio de 2018 es prácticamente el mismo que existía antes del comienzo de la crisis económica. Y como consecuencia de las medidas que se han ido adoptando progresivamente en los dos últimos años, hasta hay unos poquitos empleados públicos más en este momento que en el comienzo de la crisis: en términos porcentuales exactamente un 0,25 %.

Ahora bien, el anterior cuadro permite también extraer unas conclusiones muy interesantes desde otra perspectiva: ese aumento se deriva, sobre todo, del

incremento de personal en el ámbito de la Administración de las CC AA. El aumento en el personal de las Universidades públicas, si porcentualmente espectacular (nada menos que un 61,15 %) se debe tanto al aumento en sí como, sobre todo, a la regularización e incorporación al Registro del personal ya existente, incorporación que tuvo lugar en los años 2011 y 2012 sobre todo en relación a algunas Universidades y, en todo caso, afecta cuantitativamente a un número escaso en relación al global de empleados públicos. La AGE continúa su racha sostenida de disminución en el número de empleados públicos, de tal forma que cuenta con un 10,5 % menos de efectivos que antes del comienzo de la crisis.

Y donde se sigue mostrando una significativa disminución es en los empleados públicos dependientes de las entidades locales. Aun contando con los relativamente fuertes aumentos que han tenido lugar en los dos últimos años (2017 y 2018), en el ámbito de los Ayuntamientos existe un 5,75 % de funcionarios menos que en el comienzo de la crisis y en el de las Diputaciones Provinciales y Cabildos, la cifra de disminución llega hasta un espectacular 23,35 %. Si como en una crónica periodística de guerra (o de deporte) hubiera que tratar estas cifras, se hablaría claramente en ella de un ganador (la Administración de las CC AA) y de varios perdedores (la AGE y las de las entidades locales)[11] no teniendo excesivo interés, por lo dicho, lo sucedido con las Universidades Públicas[12].

Las anteriores conclusiones son fáciles de establecer y se deducen fácilmente de los números proporcionados. Estas conclusiones difieren bastante de las que se pueden extraer de la situación específica de los empleados públicos en Aragón, tal y como se puede derivar de la observación de los datos que presenta el CUADRO 2.

11 Lo de «ganador» o «perdedor» es, obviamente, relativo y sobre todo dependiente de la perspectiva que se adopte. Así, por ejemplo, nunca habrá que olvidar que las entidades locales han sido las primeras Administraciones en cumplir los criterios de la UE sobre déficit público. Ello no ha sucedido, ni se atisba cuando pueda suceder globalmente, con las Administraciones autonómicas. Y tampoco hay que olvidar que en el comienzo de 2019, España es el único país europeo que continúa estando sometido al procedimiento de déficit excesivo, lo que supone, entre otras cosas, un control de las instituciones europeas específico sobre su actividad económica pública.

12 Además en el caso de las Universidades y si se quisiera llegar a conclusiones más firmes, habría que estudiar el número de profesores contratados a tiempo parcial o temporales (lo que sucede en el ámbito de los profesores asociados y en el de los ayudantes y ayudantes doctores) que cualquier conocedor de la cuestión sabe que es muy importante y que da lugar a una gran movilidad de situaciones y a una situación en muchos casos dudosa sobre la real pertenencia de muchos de estos profesores, que combinan su labor docente con servicios en el sector privado, al sector público.

CUADRO 2

Personal al servicio de las Administraciones Públicas. Aragón
De 1-1-2008 a 1-7-2018, números anuales
por Administraciones Públicas y variación porcentual

FECHA	AGE	COMUNIDAD	ADMÓN. LOCAL	UNIVERS. ZAR.
1-1-2008	**24.271**	**40.531**	**18.132**	**4.034**
1-1-2009	23.332	42.349	**18.721**	4.789
1-1-2010	24.556	43.865	**19.841**	5.013
1-1-2011	24.442	43.594	**19.448**	5.214
1-7-2012	23.165	42.319	**17.763**	5.073
1-7-2013	21.408	38.363	**17.438**	5.525
1-7-2014	22.206	42.189	**17.344**	5.630
1-7-2015	22.261	42.709	**17.670**	5.784
1-7-2016	22.020	44.823	**17.594**	5.859
1-7-2017	21.359	45.232	**18.158**	5.355
1-7-2018	**21.512**	**46.413**	**18.457**	**5.793**
% 2008-2018	**-11,37%**	**+14,51%**	**+1,79%**	**+43,60%**

FUENTE: Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y elaboración propia. (Los resaltes tipográficos son míos).

Llama la atención en este cuadro cómo con las mismas competencias, sin variar un ápice, se ha aumentado en el período 2008-2018 un 14,51% el número de empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón[13], mientras que los de la Administración General del Estado han disminuido en un 11,37%, también con las mismas competencias, y cifra ciertamente «dulcificada» por el ligero aumento de personal de la AGE habido en el último año.

13 Por cierto que los datos que proporciona el Boletín Estadístico del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Aragón que elabora el Instituto Aragonés de Estadística arrojaría unas conclusiones en la misma dirección pero mucho más acentuadas si se quisiera partir de él. En la última actualización de datos (a junio de 2018) el citado Boletín indica que el número de empleados públicos de la Comunidad Autónoma es de 55000 (en cifras así de redondas). Probablemente se toma como referencia a un personal que no aparece en el Boletín elaborado por el Ministerio de Hacienda y que es del que he partido desde que inicié estos informes en 2009 y que me parece preferible seguir por pura coherencia (y seguridad).

Un aumento sustancial el de empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón y difícilmente explicable (en términos racionales, obviamente). Máxime si se tiene en cuenta, además, que el aumento del 14,51 % no opera sobre las cifras más bajas de empleados públicos de la Comunidad Autónoma durante la crisis económica, que son las de 2013 cuando el número de empleados públicos bajó a 38 363 (puesto que si se tomara esta referencia, el aumento habría sido nada menos que del 21 %), sino con la cifra anterior al inicio de la crisis debiendo como digo, para valorar con justeza tal aumento, volver a precisar que se ha producido sin que hayan variado en lo más mínimo las competencias que ejercita la Comunidad Autónoma de Aragón, dado que la reforma del Estatuto de Autonomía de 2007 no tuvo, como era más que previsible, ningún efecto en ese ámbito.

Frente a ello llama la atención el práctico equilibrio que tiene el número de empleados públicos dependientes de las Administraciones Locales en Aragón, pues durante el período considerado 2008-2018 solo ha habido un ligero aumento del 1,79 % y ello teniendo en cuenta la elevación habida en los dos últimos años, 2017 y 2018; sin contar con esos dos años, habría existido una fuerte bajada.

CUADRO 3

Número de empleados públicos en España y en Aragón según la relación con el número de habitantes

AÑO	HAB. ESPAÑA	E.P. ESPAÑA	% E.P./HAB.	HAB. ARAGÓN	E.P. ARAGÓN	% E.P./HAB
2008	46.157.822	2.582.846	5,50 %	1.326.918	86.968	6,55 %
2009	46.745.087	2.659.010	5,68 %	1.345.473	92.388	6,86 %
2010	47.021.031	2.680.219	5,70 %	1.347.095	93.869	6,97 %
2011	47.190.493	2.690.099	5,70 %	1.346.293	93.409	6,94 %
2012	47.265.321	2.636.181	5,58 %	1.349.467	90.271	6,69 %
2013	47.129.783	2.547.720	5,40 %	1.347.150	82.734	6,14 %
2014	46.771.343	2.522.631	5,39 %	1.325.385	87.369	6,59 %
2015	46.624.382	2.542.787	5,45 %	1.317.847	88.424	6,71 %
2016	46.557.008	2.522.819	5,42 %	1.308.563	90.296	6,90 %
2017	46.572.132	2.535.493	5,44 %	1.308.750	90.102	6,88 %
2018	46.722.980	2.583.494	5,53 %	1.308.728	92.173	7,04 %

FUENTE: las informaciones proporcionadas por el Padrón de habitantes –vid. CUADRO 4– y el *Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas* –vid. CUADROS 1 y 2, todo ello con mi propia elaboración–.

Los empleados públicos existen para servir a la población, proporcionarle los servicios generales (justicia, defensa, relaciones exteriores) y específicos (educación, sanidad, dependencia, transporte, seguridad y otros) que esta demanda y el ordenamiento jurídico aplicable dispone. Puede ser útil, por lo tanto, medir proporcionalmente la relación entre el número de empleados públicos y la población. Lo hago con referencia a porcentajes y en relación tanto a las cifras globales de España como a las concretas de Aragón.

El ligero aumento de la población en España habida en el conjunto del período 2008-2018 se corresponde también con el ligero aumento del número de empleados públicos (los correspondientes a todas las Administraciones Públicas), por lo que la proporción se mantiene prácticamente inmutable (del 5,50 % al 5,53 %) habiendo tenido escasas oscilaciones durante los once años mencionados.

Sin embargo la situación en Aragón es muy distinta. La población total no solo no ha aumentado aunque fuese ligeramente, como en España, sino que ha disminuido notablemente durante el período temporal considerado; sin embargo y paradójicamente, el número total de empleados públicos (los correspondientes a todas las Administraciones Públicas con sede en Aragón, la AGE, la Administración autonómica, la de las entidades locales y la Universidad pública) ha aumentado bastante con lo que la proporción ha tenido una más que singular elevación (del 6,55 % al 7,04 %). Una fácil conclusión es la del superior peso relativo del número de empleados públicos en Aragón en relación al que existe a nivel nacional[14]. A partir de allí y con adición de otros variados datos podrían sacarse conclusiones muy útiles sobre el peso de lo público en la estructura laboral (y económica) de la Comunidad Autónoma, el coste del mantenimiento de la Administración desde el punto de vista del personal, la eficacia del gasto en ese sentido y otras cuestiones del mismo (máximo) interés[15].

14 Debiendo recordarse aquí las cifras del CUADRO 3: es decir, la reducción del número de empleados públicos de la AGE en Aragón y la ligera elevación de los de las entidades locales. Por lo que el aumento, se insiste aquí desde la perspectiva de la relación con la población, se debe exclusivamente a los empleados públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

15 Una variación del 1,5 % en la proporción entre población y empleados públicos que es la que sucede en la comparación entre el conjunto del Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón es muy importante, no deleznable en ningún sentido; signo de una determinada forma de configurar el trabajo y las prestaciones públicas que con otro tipo de informaciones –insisto en ello, porque me parece imprescindible hacerlo– podría conducir a conclusiones más precisas. Espero poder dedicar algún espacio más en ese sentido en futuros Informes a publicar en el Anuario en años sucesivos.

II. LA SITUACIÓN EN ARAGÓN: CONTINUACIÓN DE LAS POLÉMICAS ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA Y EL GOBIERNO DE ARAGÓN Y LA NOVEDAD DE SU TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL. LA PERVIVENCIA EN LA SITUACIÓN DE CAÍDA POBLACIONAL DE ARAGÓN, MUY ADVERTIBLE EN LAS PROVINCIAS DE HUESCA Y TERUEL. EL CIERRE DE LAS MINAS DE CARBÓN Y DE LA TÉRMICA DE ANDORRA. LOS SUPUESTOS FUNDAMENTALES DE LOS GOBIERNOS LOCALES EN ARAGÓN CONTINÚAN INMUTABLES, PESE A LOS PROPÓSITOS DE FUERTE REFORMA QUE SE FORMULARON AL PRINCIPIO DE LA LEGISLATURA POR EL NUEVO GOBIERNO

El año 2018 se ha caracterizado, como los anteriores en esta legislatura, por las continuas polémicas entre los representantes del Ayuntamiento de Zaragoza y los del Gobierno de Aragón, variables según el tema de que se trate. Como indico, ha sido lo usual en la legislatura (2015-2019) una vez que quedaron atrás los apoyos recíprocos que los grupos políticos, regidores en cada institución, se dieron en los procesos respectivos de investidura que tuvieron lugar en junio de 2015. En este año 2018, sin embargo, las polémicas han alcanzado un punto de mayor intensidad y han estado centradas, fundamentalmente, en dos cuestiones de trascendencia claramente local: la configuración del Impuesto sobre Contaminación de las Aguas (ICA) y la aplicación de la llamada Ley de capitalidad de Zaragoza (de 2017) en lo relativo a la naturaleza del órgano de gobierno de las distintas sociedades municipales existentes. En los dos casos, la polémica alcanzó un punto de intensidad jurídica sustancial, pues con distintos impugnantes y procedimientos, la «solución» ha debido ser dada por el Tribunal Constitucional: en el primer supuesto se sancionó la plena constitucionalidad de la regulación del ICA y en el otro se anuló, por inconstitucional, el precepto de la ley de capitalidad que había permitido centrar en el gobierno de Zaragoza la Junta General de las sociedades municipales existentes. A continuación llevaré a cabo un comentario jurídico de ambas sentencias, de pleno interés desde el punto de vista de la autonomía municipal, entre otras cuestiones, pero antes de ello mencionaré algunas otras cuestiones de trascendencia desde el punto de vista de los gobiernos locales.

La primera es que la polémica política mencionada entre las dos primeras instituciones aragonesas y que deberá saldarse en algún sentido en las próximas elecciones autonómicas y locales del 26 de mayo de 2019, ha llevado consigo que no haya sido posible aprobar en el tiempo adecuado ni los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón ni los del Ayuntamiento de Zaragoza para 2019. En la fecha en la que se pone punto final a estas páginas (1 de marzo de 2019), ni siquiera se han presentado los proyectos correspondientes por lo que nos encontramos en ambas instituciones en prórroga presupuestaria y con unas

previsiones ciertamente escasas (nulas en el caso autonómico) de que puedan aprobarse antes de la convocatoria para la celebración de las elecciones municipales y autonómicas.

No es una noticia positiva, por supuesto, pero sí comprensible en las circunstancias preelectorales que se viven y me parece, además, que será frecuentemente repetida en el futuro de continuar al frente de las instituciones mayorías políticas muy justas y, por tanto, inestables en sus apoyos. La búsqueda –a veces forzada– de «diferenciación» ante el electorado al que próximamente se le van a pedir los votos, ocasiona cosas como estas que pasan por alto, obviamente, los claros inconvenientes que para una gestión administrativa adecuada tiene una prórroga presupuestaria. Los únicos aspectos «positivos» que tal prórroga tiene habrán de ser buscados en la obligada reducción de déficit y de deuda que toda prórroga lleva consigo al congelarse la posibilidad de inversiones u otro tipo de gastos corrientes adicionales, contención –aunque sea solo temporal– de déficit y deuda que no es cosa a despreciar, precisamente, cuando ambas magnitudes están mucho más allá (tanto a nivel global en España, como de la Comunidad Autónoma de Aragón, aunque ello no es el caso del Ayuntamiento de Zaragoza que tiene superávit hace tiempo como buena parte de las entidades locales, aunque su deuda también presenta un abultado volumen) de toda limitación razonable.

Por otra parte hay que indicar que concluyó el año 2018 sin que dos comisiones parlamentarias, una de investigación sobre la gestión del ICA en relación con el plan autonómico de depuración y saneamiento y otra de estudio para una posible reforma del impuesto, hubieran concluido sus tareas. La primera ha visto prorrogada por dos veces su plazo de realización de actividades; la segunda, por una vez. En los dos casos la materia tratada, el ICA, guarda estrecha relación con los gobiernos locales y en los dos casos, también, la imposibilidad de concluir el encargo en 2018 se ha debido–según informaciones de distintos medios– a la imposibilidad de alcanzar conclusiones avaladas por todos los integrantes de las respectivas comisiones. No es exigible, obviamente, la unanimidad en la formulación de conclusiones por comisiones parlamentarias de este tipo, aunque sí aconsejable desde el punto de vista del reforzamiento de su eficacia.

Lo que no fue posible en 2018, sí lo ha sido ya bien entrado 2019 en el caso de la comisión de investigación sobre el plan autonómico. Así, el 21 de febrero el Pleno de las Cortes aprobó, el dictamen de la Comisión que no observó ninguna irregularidad (corruptela) en la gestión de ese Plan[16].

16 El dictamen fue aprobado por unanimidad, si bien existieron votos particulares de grupos políticos que señalaron en un caso (Unidos Podemos) irregularidades de personas concretas gestoras, en su momento, del plan de depuración.

En la fecha de cierre de este informe, 1 de marzo, no se intuye que pueda tener lugar la modificación de la ley en la que se regula el ICA y mientras tanto deben seguir discurriendo los procedimientos administrativos para exigir el pago del impuesto a un número apreciable de zaragozanos que durante 2018 no abonaron los recibos correspondientes a 2016 y 2017 (lo que lleva consigo el pago de un recargo y los intereses de demora en pura aplicación del ordenamiento jurídico). Al tratarse de un impuesto autonómico es el órgano correspondiente de la Administración autonómica quien tramita el procedimiento pero la trascendencia «local» de todo lo que aquí se narra es innegable y entra –desde la perspectiva política– dentro de esa dialéctica de enfrentamiento constante que, como indico, ha sido la característica del año 2018 entre el Ayuntamiento de Zaragoza y el Gobierno autonómico siguiendo las pautas ya establecidas en años anteriores.

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Impuesto de Contaminación de las Aguas y la declaración de su plena constitucionalidad

Ese enfrentamiento político a que me refiero ha tenido uno de sus hitos en la resolución del recurso de inconstitucionalidad 2734-2016 que se interpuso por más de cincuenta diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Podemos En Comú Podem-En Marea y al Grupo Mixto en el Congreso de los Diputados en relación con el art. 5 de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón por el que se modifican diversos preceptos de la Ley 10/2014 de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón.

La STC 92/2018, de 19 de septiembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad mencionado en el párrafo anterior, avala la modificación normativa impugnada (de 2016) que, en esencia, trataba de la aplicabilidad del ICA a los ciudadanos zaragozanos sin que fuese necesario para ello el convenio entre Ayuntamiento y Gobierno de Aragón que la normativa anterior establecía como requisito imprescindible para tal aplicabilidad. El TC aprovecha además para, respondiendo a los distintos motivos de impugnación establecidos en el recurso, establecer la plena compatibilidad entre el ICA y las tasas municipales relativas a la depuración y saneamiento de las aguas residuales urbanas. En ese marco indica, también, que no se ve menoscabada la autonomía municipal por el hecho de que haya desaparecido la previsión de ese convenio puesto que la intervención municipal en asuntos que le conciernen (ex art. 2 LRBRL) no exige necesariamente la suscripción de tal convenio[17].

17 En el fdo. jdo. 4 al final, se contienen estas palabras con las que se da fin al examen de los argumentos manejados: «Esta alegación (el menoscabo de la autonomía local en su vertien-

La Sentencia (aparecida, por cierto, en el *BOE* de 12 de octubre de 2018, fiesta grande en Zaragoza y nacional también) no es original, en el sentido de que sigue tendencias más que consolidadas en la jurisprudencia del TC que hacían presumir su concreto contenido para cualquier jurista mínimamente formado en estas cuestiones[18]. No creo, por tanto, que la Sentencia haya sido sorpresa para nadie y debe ser contemplada simplemente como un hito más en la polémica política que enfrenta normalmente a Ayuntamiento y a Gobierno aragonés sin que deban olvidarse, para intentar ser enteramente ecuánimes, dos consideraciones específicas.

La primera es el hecho innegable de que los ciudadanos zaragozanos soportaron en el pasado por entero el pago de la construcción de una depuradora propia que, *rara avis* en España, se hizo sin contar con ninguna clase de subvenciones europeas o estatales. Los motivos porque los munícipes zaragozanos del momento decidieron proceder de esta forma se me escapan completamente, pero es lógico que haya personas que recuerden estas contribuciones «extraordinarias» (en cuanto no habituales en el resto de municipios españoles) en su oposición al pago del ICA. La legislación autonómica aragonesa, sin embargo, ha sido plenamente consciente de este hecho y por eso la «excepción» zaragozana aparece desde la primera ley sobre la materia en 1997 (entonces la denominación del impuesto era «canon de saneamiento» pero su naturaleza jurídica y principales características, eran idénticas a las actuales), sigue en 2001 y más

te financiera) no puede ser estimada, pues, como declara la STC 103/2015, f.j. 10, «la autonomía de los entes locales va estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas, es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140, y 141 CE (STC 104/2000, de 13 de abril f.j. 4)». Este principio no impide que los municipios puedan ser sujetos pasivos de un impuesto que, adoptado de conformidad con el art. 133 CE, no puede ser considerado como un «condicionante indebido». Según se ha puesto de relieve en el fundamento jurídico tercero, «los sujetos pasivos el Impuesto sobre la contaminación de las aguas son los usuarios de agua de Aragón, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en los casos en que sus instalaciones lleven a cabo vertidos a la red de alcantarillado pública. *El municipio de Zaragoza y el resto de municipios aragoneses lo son por realizar el hecho imponible, del mismo modo que cualquier otro usuario de este recurso. El establecimiento de este impuesto no supone, en definitiva, una limitación indebida de las potestades tributarias municipales en relación con la fijación de los elementos de la tasa por los servicios de saneamiento y depuración, y tampoco puede afirmarse que impida o haga inviable la prestación por los municipios de los servicios de su competencia*» (el resalte tipográfico es mío).

18 Debe añadirse, como prueba adicional de lo que se dice, que la STC es votada unánimemente por los Magistrados del TC, sin formularse voto particular alguno.

adelante en 2014 y en 2016. Por eso existen unas bonificaciones específicas para Zaragoza en la tarifa del ICA que la STC 98/2018 recuerda y encuentra adecuadas.

Y la segunda consideración es que este impuesto debe entenderse dentro de una «cesta» impositiva que coloca a los ciudadanos aragoneses en una situación perjudicial si se compara con la casi práctica totalidad de las CC AA españolas con excepción de Cataluña. Efectivamente los ciudadanos aragoneses están sometidos a una presión tributaria más alta que en la mayor parte de España y aunque el ICA no sea, ni mucho menos, el punto decisivo en ese conjunto pues su cuantía no es susceptible de desequilibrar ningún presupuesto familiar medio (y para los casos límite están también previstas las correspondientes medidas de carácter social), de nuevo es comprensible que la reacción contra un impuesto, dada su inserción en un panorama fiscal ciertamente criticable, haya sido elevada y se hayan creado algunas tensiones sociales. Durante 2018 se ha modificado por las Cortes de Aragón, a la baja, la cuantía del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, aun cuando ello, valorable positivamente sin ninguna duda, no sirva para quitar completamente a Aragón del deshonroso lugar puntero entre los territorios españoles con más alta presión fiscal.

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional declarando la nulidad de un precepto de la ley de capitalidad del Municipio de Zaragoza

Al contrario de lo que sucedía en la Sentencia anterior en la que se afirmó por el TC la constitucionalidad del texto normativo impugnado, la STC 137/2018, de 13 de diciembre, ha declarado la nulidad del art. 14 1.u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón.

El precepto mencionado atribuía al Gobierno de Zaragoza «la formación de la voluntad del Ayuntamiento como socio único en las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza, asumiendo las funciones de junta general». El precepto ocasionó una gran trifulca política al ser cumplido por el Gobierno de Zaragoza lo que ocasionó la retirada de la oposición política de una serie de patronatos y la práctica paralización de la actividad de las cuatro sociedades mercantiles a las que se refirió la aplicación práctica del precepto. Por otra parte y desde la impugnación por parte del Gobierno de la Nación del correspondiente precepto ante el TC (realizada a inicios de agosto de 2018 y una vez que fracasara la labor de evitación del conflicto constitucional que realizó, conforme a lo indicado por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Comisión Bilateral Estado-Comunidad Autónoma

de Aragón), este estaba suspendido en su aplicación durante el plazo de cinco meses, lo que también ocasionó una serie de perturbaciones políticas y jurídicas al llevar a cabo el gobierno local de Zaragoza una interpretación inicial de tal suspensión que la vaciaba de contenido real, lo que suponía, obviamente, burlar lo preceptuado en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La STC mencionada, aparecida con toda rapidez y sin que hubiera concluido el plazo de suspensión del precepto legal de cinco meses, ha declarado la inconstitucionalidad de tal precepto por contravenir la legislación básica de régimen local (ex art. 149.1.18 CE), en concreto en lo previsto en el art. 85 ter 3 LBRL que remite a los estatutos de las respectivas sociedades mercantiles la determinación de «la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas». La inconstitucionalidad reside en que el art. 14.1.u) de la Ley 10/2017 omite esa referencia a los estatutos (que debe aprobar el Pleno, el mismo órgano que está capacitado para adoptar el acuerdo de creación de una sociedad) y lleva a cabo, por tanto, un encargo directo al Gobierno local que este no está capacitado por el ordenamiento jurídico básico para cumplir. Esta declaración de inconstitucionalidad ha llegado, como digo, con anticipación al período máximo en que el precepto podía estar suspendido –los cinco meses que antes he mencionado– necesitando nuevo pronunciamiento del TC para prolongarlo, por lo que se ha evitado un nuevo trámite que, probablemente, habría generado nuevas perturbaciones políticas en un asunto del todo punto envenenado.

Por otra parte, la claridad –para cualquier espectador imparcial– de la evidente contradicción entre la Ley de Cortes de Aragón y la legislación básica estatal hace incomprensible (o, quizás, demasiado comprensible para los mal pensados) que tal precepto pudiera superar los distintos filtros jurídicos que debe atravesar un proyecto hasta convertirse en Ley. Alguien debería proporcionar una explicación razonable para todo ello pues la transcripción de la lectura de la STC, que realizo a continuación en su texto decisivo, hace increíble que tal hecho haya podido suceder en términos de la pura y simple aplicación del correcto derecho:

> El artículo 14.1.u)... entra en contradicción efectiva e insalvable con la normativa básica de repetida cita, al reducir el acuerdo de creación de la sociedad mercantil local a un acto vacío de una parte del contenido fundacional que le es propio.
>
> En particular, contradice lo dispuesto por el artículo 85 ter 3 LBRL, al impedir que el pleno decida, al aprobar los estatutos de la sociedad, cuál es «la forma de de-

signación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas».

El legislador básico estatal ha reservado al pleno municipal la facultad de optar por una u otra fórmula organizativa en las sociedades mercantiles locales, dentro naturalmente del margen de configuración dispuesto por el ordenamiento jurídico. La ley autonómica, al desapoderar al pleno de este ámbito de decisión, invade el espacio de autoorganización local garantizado por la normativa básica estatal, e incurre con ello en vulneración del artículo 149.1.18 CE (fdo. jdo. 3.b).

El resultado de la Sentencia fue la consolidación de un acuerdo ya adoptado, tras muchas resistencias, cuando se decidió por el TC la suspensión del precepto, y es la consideración del Pleno como la Junta General de las sociedades lo que, por otra parte, era lo que ya decían los estatutos de las cuatro sociedades municipales existentes que no fueron modificados tras la Ley 10/2017.

3. Mención a otras Sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la Comunidad Autónoma de Aragón

Aun cuando solo indirectamente puedan tener efectos sobre las entidades locales, me parece adecuado, como balance general del año 2018, mencionar aquí otras tres Sentencias del Tribunal Constitucional que se refieren a la Comunidad Autónoma de Aragón.

La primera es la Sentencia 41/2018, de 26 de abril (*BOE,* 130, de 29 de mayo de 2018), que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados 6868-2011 y 2037–2014, interpuestos por el Presidente del Gobierno en relación con la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del patrimonio de Aragón, y la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de patrimonio de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre. El objeto del recurso son los preceptos que prevén que las fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria se adscriban al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma. Para el impugnante y por aplicación del art. 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la adscripción debería realizarse al Patrimonio del Estado. Para la sentencia y en función de la aplicación del derecho civil aragonés en el marco de lo previsto para los derechos civiles de las CC AA en el art. 149.1.8 CE, se puede avalar la redacción de la normativa aragonesa, aduciendo el TC que ese había sido también su fallo en la STC 40/2018, de 26 de abril, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra precepto idéntico contenido en la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del patrimonio de Navarra. Por tanto se desestiman los recursos de inconstitucionalidad formulados contra el precepto aragonés.

La segunda es la Sentencia 51/2018, de 10 de mayo (*BOE,* 141, de 11 de junio de 2018) que resuelve la cuestión de constitucionalidad 4952-2017, planteada por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas. El TSJAr cuestiona el apdo. b) de la disposición adicional segunda de la Ley mencionada al que reprocha violentar el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, el principio de seguridad jurídica en su vertiente de confianza legítima y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, todos ellos contenidos en el art. 9.3 CE[19]. La Sentencia desestimará la cuestión de constitucionalidad formulada.

Finalmente la STC 104/2018, de 4 de octubre (*BOE,* 264, de 1 de noviembre de 2018) resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 5228-2017 planteada por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón respecto al art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón. El precepto citado establece un sistema de silencio administrativo positivo cuando la solicitud de información planteada no se hubiera notificado en el plazo de un mes, salvo con relación a la información cuya denegación total o parcial viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o en una norma de derecho comunitario[20].

El precepto citado se considera por el TC contrario al art. 20.4 de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que establece justamente lo contrario: la desestimación de la solicitud de información planteada por el transcurso de un mes sin que se haya dictado y notificado resolución expresa.

Y como la STC comentada establecerá el carácter básico de la normativa estatal citada (ex art. 149.1.18 CE) se decide la inconstitucionalidad del precepto aragonés cuestionado.

19 El precepto indica que: «Las Ayudas Estatales Directas a la Entrada que subsisten conforme a la disposición transitoria primera del Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, sólo podrán obtenerse cuando cuenten con la conformidad expresa del Ministerio de Fomento a la entrada en vigor de esta Ley, y siempre que el beneficiario formalice el préstamo en un plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la misma».

20 Sobre esta sentencia puede verse en este número del Anuario, el comentario específico de D. Badules.

4. Continúa la pérdida de población de Aragón según las cifras del último padrón de habitantes de 1 de enero de 2018. Referencias a las políticas contra la despoblación y al amenazador futuro para la provincia de Teruel por el anunciado cierre de las minas de carbón y la central térmica de Andorra

Nada ha cambiado en 2018 en el tema que señala la rúbrica de este punto y continúa, por tanto, la tónica advertible desde hace tiempo de pérdida de población de la Comunidad Autónoma de Aragón, lo que en este último año contrasta con la ligera apreciación de la población española tras algún descenso habido en el próximo pasado. Ello ha sucedido, probablemente, porque el final de la crisis económica ha llevado consigo la llegada de población inmigrante al país, dado que el balance demográfico «interno» continúa siendo negativo (los fallecimientos superan a los nacimientos), igual que en los últimos años[21].

En el caso de Aragón el fenómeno de pérdida poblacional se hace cada vez más patente en la provincia de Teruel que ha visto mermada su población en los once años que abarca el CUADRO 4 (correspondientes con el ámbito cubierto desde el principio por este *Anuario*) en un espectacular 8,73 %, lo que puede incrementarse notablemente en los próximos años por el anunciado cierre de la mayor parte de las minas de carbón y de la central térmica de Andorra, ello si no se adoptan medidas eficaces, distintas de las ensayadas hasta ahora, puesto que las muy cuantiosas inversiones económicas derivadas del Plan Miner y del Fondo especial para Teruel no parecen haber tenido efecto positivo alguno. Conocer las causas de esa falta de eficacia sería muy importante a efectos de evitar la comisión de los mismos errores en los años decisivos que ya están encima.

Un poco de menor intensidad es la pérdida de población en la provincia de Huesca en el ámbito temporal estudiado (un 2,63 %) pero también significativo. Aumentan de población, al contrario, las capitales de provincia, lo que probablemente se debe tanto a un elemento de concentración de la población que abandona los pequeños municipios y acude a la capital, como a su papel como centros administrativos y, por tanto, aglutinantes del creciente número de empleados públicos en Aragón (tal y como se ha podido ver en los CUADROS 1, 2 y 3 de este informe).

21 Con fecha 20 de febrero de 2019 se hacía público un informe del Departamento de Sanidad que afirmaba la caída en casi un 25 % de los nacimientos habidos en 2018 en Aragón (9541) respecto a los existentes nueve años antes.

Frente a ello, no se advierte el papel que teóricamente tendría que jugar la capital de Aragón como centro de impulso demográfico, pues prácticamente cuenta en 2018 con la misma población que en 2008 debiendo mencionarse, no obstante, un pequeño repunte en los años 2017 y 2018 (y sin el que la capital de Aragón hubiera sufrido una pérdida significativa de población en el período considerado) que es deseable que se consolide en el futuro. También la provincia de Zaragoza cuenta con prácticamente los mismos habitantes en 2018 que en 2008.

Todo lo que se ha indicado en los párrafos anteriores puede observarse gráficamente en el siguiente cuadro.

CUADRO 4

Evolución de la población en España de 2008-2018, con atención singular a la de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus provincias y capitales provinciales

FECHA	ESPAÑA	ARAGÓN	HU (P)	HU (C)	TE (P)	TE (C)	ZA (P)	ZA (C)
2008	46.157.822	1.326.918	225.271	51.117	146.324	35.037	955.323	666.129
2009	46.745.087	1.345.473	228.409	52.059	146.751	35.396	970.313	674.317
2010	47.021.031	1.347.095	228.566	52.347	145.227	35.241	973.252	675.121
2011	47.190.493	1.346.293	228.361	52.443	144.607	35.228	973.725	674.725
2012	47.265.321	1.349.467	227.609	52.296	143.728	35.841	978.130	679.624
2013	47.129.783	1.347.150	226.329	52.418	142.183	35.841	978.638	682.004
2014	46.771.343	1.325.385	224.909	52.555	140.365	35.675	960.111	666.058
2015	46.624.382	1.317.847	222.909	52.239	138.932	35.590	956.006	664.953
2016	46.557.008	1.308.563	221.079	52.282	136.977	35.564	950.507	661.108
2017	46.572.132	1.308.750	219.702	52.223	135.562	35.484	953.486	664.938
2018	46.722.980	1.308.728	219.345	52.463	134.572	35.691	954.811	666.880
% 08-18	+1,22 %	-1,38 %	-2,63 %	+2,63 %	-8,73 %	+1,86 %	-0,05 %	-0,11 %

FUENTE: los datos son extraídos de los RRDD que aprueban cada año el padrón de habitantes con referencia al 1 de enero contando con la propia elaboración. El último RD aprobado es el 1458/2018, de 14 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 2018 (*BOE,* 314, de 29 de diciembre de 2018). El resalte tipográfico es mío. A comienzos de enero de cada año (en nuestro caso, el de 2019) suelen aparecer en los medios de comunicación cifras, filtradas por los Ayuntamientos, que hablan de notables aumentos del padrón con fecha 1 de enero, pero no las tengo en cuenta y atiendo tanto ahora como en 2008, cuando inicié estos cuadros, a las cifras que el Consejo de Ministros aprueba por Real Decreto a un año de retraso.

Continúa, por tanto, el grave problema de despoblación de Aragón que menciono en estos informes desde el primero de ellos. Las actuaciones que hayan podido tener lugar no han conseguido los efectos deseados, aunque es posible que sin ellas –quién lo sabe– aún fuera más dura la caída poblacional y, por tanto, la decadencia demográfica de la amplia superficie territorial española que abarca Aragón.

Como se mencionó en el último informe correspondiente al año 2017, en la Comunidad Autónoma de Aragón se creó en ese año el cargo de Comisionado para la despoblación (de forma subsiguiente a su creación en el ámbito del Estado) y se aprobó una directriz de ordenación territorial específica sobre la materia (Directriz Especial de Política Demográfica y contra la Despoblación). Fruto de este último texto es la creación por Decreto 71/2018, de 24 de abril, del Observatorio Aragonés de Dinamización Demográfica y Poblacional (*BOA,* 84, de 3 de mayo de 2018)[22]. Este se configura en el art. 2 del texto citado como un «órgano asesor de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón en las políticas globales, sectoriales y locales para la incorporación de la perspectiva demográfica y poblacional» y está adscrito al Departamento correspondiente en materia de ordenación del territorio que actualmente se denomina de «Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda», órgano superior de la Administración autonómica que se ha mostrado singularmente activo en esta problemática –y en otras de su competencia– durante la legislatura que ahora termina[23].

Como novedad inicialmente simbólica pero quien sabe si con algún porvenir creativo, hay que indicar que en este último año de 2018 se han iniciado reuniones con los representantes de otras CC AA aquejadas por problemática semejante (Asturias, Castilla y León y Galicia) y es de prever que se adopten iniciativas conjuntas para remediar los inconvenientes que en todas ellas se aprecian por la pérdida de población.

Pero para el futuro hay que hablar de unas amenazas, ahora ya concretadas temporalmente y por tanto que pasan al ámbito de las certidumbres. Se trata del cierre anunciado de la central térmica propiedad de la sociedad mercantil

22 También se pone en marcha una actuación subvencional por medio de la Orden VMV/2170/2018, de 29 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en desarrollo de la Directriz Especial de Política Demográfica y contra la Despoblación con cargo al Fondo de Cohesión Territorial (*BOA*, 17, de 25 de enero de 2019).

23 También se ha hecho alguna actuación específica sobre la materia por parte de la Diputación Provincial de Zaragoza, creando en colaboración con la Universidad de Zaragoza una Cátedra sobre Despoblación y Creatividad cuya función fundamental es aportar propuestas e ideas desde un punto de vista científico.

ENDESA en Andorra (Teruel) que va paralelo al cierre de las minas de carbón existentes en la comarca. Un proceso de final conocido hace tiempo y conducido con mano bastante firme por la Unión Europea que centró ya hace bastantes años en la lucha contra la utilización del carbón una buena parte de sus estrategias de reacción contra el cambio climático de origen antrópico. Tras el Acuerdo de París de diciembre de 2015, esa política europea anterior se reforzó más, si cabe la expresión, y ya se comienzan a vivir los trámites finales de ese proceso de cierre, camino que se corresponde con lo que va a suceder en otras partes de Europa[24].

Esa cesación en la explotación de carbón (y en su consiguiente quema para producir energía) me parece, por tanto, ineludible y, además, aconsejable en virtud de la necesidad de reaccionar contra el cambio climático en el que la humanidad se está jugando literalmente su futuro, en unas perspectivas temporales, además, muy cortas para la actuación, pues el consenso científico informa de lo decisivo de la década 2020-2030 en el propósito de mantener en 1,5 grados la elevación de la temperatura en la tierra, evitando que se alcancen los 2 grados que señalarían ya un nivel de catástrofe ambiental muy importante[25]. Lo que es deseable es que se articulen las políticas necesarias para que no se produzca otro tipo de catástrofe, la económica y social, en esa zona de la provincia de Teruel lo que se uniría –y multiplicaría sus efectos– a la crisis demográfica evidente y sobre la que se ha llamado la atención en este Informe y en todos los anteriores. Dicen que nunca es tarde para actuar, pero lo cierto es que las actuaciones que hasta el momento se han producido, no han tenido los efectos deseables y no se conocen todavía las que habrían de desarrollarse ante los cierres anunciados.

En los últimos meses en el ámbito de la política interna española (y aragonesa) se mueven distintos vectores que abarcan tanto a la llamada derecha como a la izquierda política, y que tienen el punto común de pretender retrasar el cierre durante unos años de la actividad minera y de la consiguiente producción ener-

24 Los medios de comunicación informan con fecha 17 de enero de 2019 del cierre repentino de las minas de la importante empresa SAMCA motivado por la decisión de la propietaria de la central térmica, Endesa, de no comprar más carbón debido a que ya posee almacenado el suficiente para el período que resta de funcionamiento.

25 En la reciente conferencia internacional sobre cambio climático celebrada en Katowice (Polonia), en diciembre de 2018, han aflorado estas cifras y propósitos, bien que no haya sido posible adoptar políticas firmes en la dirección sugerida, y solo ciertos acuerdos preparatorios de otros que habrán de adoptarse en el futuro. Las incógnitas internacionales sobre esta cuestión son, sin embargo, importantes. Entre ellas la anunciada retirada de Estados Unidos del Acuerdo de París. También el comienzo de gobierno en Brasil (auténtico continente, que supera con mucho las dimensiones e importancia de un país concreto) de una opción política que no considera al cambio climático como una preocupación esencial.

gética. Tengo dudas de que esos intentos consigan algún fruto de pervivir la firme decisión política europea sobre el particular. Y tengo, además, seguridades de que esos postulados políticos se mueven en un estrecho cortoplacismo destinado a buscar y halagar a unos cuantos votantes importando muy poco el sentido altamente positivo que tiene la decisión de cortar la quema de carbón para la producción de energía, por ser una fuente importantísima de producción de gases de efecto invernadero y, por tanto, de agravar el cambio climático ya existente. Hoy existen tecnologías mucho más limpias (la limpieza total no se da por completo en ninguna) para producir energía, y un ejemplo muy significativo de ello lo da la transformación en los últimos años de la matriz energética de la República Federal Alemana, que, incluso, ha anticipado el cese de la producción de energía por medio de centrales nucleares (a la cercana fecha de 2022) y también el final de la producción de energía eléctrica por medio de la quema del carbón que ahora se prevé para 2038 o, incluso antes. Ya ha cesado el funcionamiento de más de la mitad del parque nuclear alemán y ello no ha supuesto un perjuicio para la primera economía europea y una de las primeras del mundo, sino todo lo contrario. Alemania sigue tirando de la economía europea, en un marco de pleno empleo y demandando continuamente mano de obra especializada exterior para su potente economía, puesto que son las energías renovables las que están rellenando el «hueco» que progresivamente va dejando la energía nuclear y la térmica. Ese es un ejemplo poderoso a observar sin ninguna duda y, por otra parte, existen políticas específicas para hacer más fácil, sin traumas aunque a un coste económico evidente, la transición energética hacia una economía descarbonizada[26].

El Estado ha puesto en marcha algunas de esas medidas y en los momentos finales de 2018 se ha publicado el Real Decreto-ley 25/2018, de 21 de diciembre, de medidas urgentes para una transición justa de la minería del carbón y el desarrollo sostenible de las comarcas mineras (*BOE,* 308, de 22 de diciembre de 2018).

En la Comunidad Autónoma de Aragón se ha comenzado la discusión y búsqueda de soluciones para un problema que puede afectar de manera decisiva a distintos municipios de la provincia de Teruel y hasta se ha creado en las postrimerías de la legislatura una comisión parlamentaria para el estudio de posibles soluciones. No cabe duda de que nos encontramos ante un tema sobre el que habrá de centrarse el contenido de futuros informes generales sobre el régimen local a

26 Los medios (*El País* y *El Mundo* de 27 de enero de 2019, entre otros) informan de que habrá una inversión de 40 000 millones de euros en las zonas de Alemania afectadas por el cierre de las térmicas para propiciar la transición económica hacia un tipo de economía descarbonizada. Este acuerdo y los que se mencionan en el texto han sido adoptados en medio de práctica unanimidad política, económica y social.

publicar en el Anuario. Solo cabe esperar ahora que no se adopten soluciones tan costosas como las que se han conocido en el pasado (Plan Miner y Fondo especial de Ayuda a Teruel, ya mencionados anteriormente) y tan poco eficaces a la vez[27].

5. Y FINAL, UNA VALORACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN LOCAL DURANTE LA LEGISLATURA 2015-2019

Concluyo el informe con un, creo, necesario apartado en el que se debe establecer una conclusión para el régimen local en la legislatura 2015-2019 fácilmente suscribible, me parece, por cualquiera que haya seguido el tema: nada sustancial ha sucedido para el régimen local durante la misma y eso que se inició bajo el firme, parecía, propósito del Gobierno recién formado de producir una suerte de mutación del régimen local aragonés propiciando una reordenación de competencias y una disminución radical, decisiva, del papel «político» (así se decía) de las comarcas, para que lo tuvieran solamente «administrativo»[28]. Nada de eso ha sucedido y concluye la legislatura con los mismos mimbres jurídico-políticos con los que se inició. No creo que eso, dados los propósitos iniciales, sea un perjuicio. Mejor dejar las cosas como están que arriesgarse a producir un paso atrás en la, por otra parte, escasa vitalidad del régimen local aragonés, al menos según mi perspectiva[29].

En la fecha en que se cierra este Informe se anuncia un próximo pleno de Cortes de Aragón para la aprobación de la última Ley que resta para concluir el objetivo de la legislación de comarcalización. La comarca 33 (la relativa a Zaragoza y su entorno) parece que será pronto una realidad sobre la que se deberá dar cuenta, dada su importancia objetiva, en el informe a publicar en el *Anuario* de 2019[30].

En Zaragoza, a 1 de marzo de 2019

27 La empresa SAMCA, a la vez que hacía pública su decisión de cierre inmediato de sus minas, también daba a la publicidad su decisión de proceder a la implantación de dos iniciativas industriales con la finalidad de utilizar todo el empleo anterior. Es una iniciativa privada que debe juzgarse como muy positiva.

28 Esas afirmaciones se contuvieron, repetidas veces, en discursos e intervenciones de los máximos responsables del gobierno autonómico.

29 Remito a mis informes sobre los años 2015 y 2016, sobre estos propósitos.

30 Por otra parte, parece conveniente dejar en esta nota final constancia de las Leyes promulgadas en 2018 y que guardan alguna relación con las competencias locales. Serían estas la Ley 1/2018, de 8 de febrero, de diálogo social y participación institucional en Aragón; la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, y la Ley 5/2018, de 19 de abril, del Taxi.

INFORMES SECTORIALES

Empleo y organización local

Beatriz Setuáin Mendía

I. INTRODUCCIÓN

A través de este informe se pretende dar cuenta de las novedades normativas y de los pronunciamientos judiciales aparecidos a lo largo de 2018 en relación con el empleo y la organización local en Aragón. Aunque su principal finalidad es reflejar la actividad normativa de las instancias autonómicas y la labor de los órganos jurisdiccionales con sede en esta Comunidad, la singularidad o importancia que presentan en nuestro territorio normas y sentencias dictados por otros operadores jurídicos hacen también precisa su consideración. Es el caso de la previsión contenida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 en relación con los Servicios de Prevención y Extinción de Incendios de Aragón. E igualmente, de sendas Sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad planteados frente a distintos preceptos de las Leyes de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón y de régimen especial del Municipio de Zaragoza. Por supuesto, junto a ellas, se hará referencia debida a la producción normativa autonómica (muy escasa en estas materias) y a la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y por algún Juzgado del mismo orden en torno al empleo y la organización local.

II. EMPLEO LOCAL

1. Novedades normativas

A. Legislación estatal: la Disposición Adicional Centésima Sexagésima Séptima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018

Como se ha avanzado, existe en la *Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018* (*BOE,* 161, de 4 de julio) una Disposición Adicional que se refiere específicamente a nuestra Comunidad. Se trata de la Disposición Adicional Centésima Sexagésima Séptima, que autoriza para las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón una tasa de reposición adicional a la establecida para ese ejercicio, fijada con carácter general en el 100 % de efectivos si las entidades locales habían cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y regla de gasto, siendo susceptible además de incrementos agregados en función de sectores de actividad y amortización de deuda financiera. Pues bien: la citada tasa adicional se refiere a las plazas de personal del Servicio de Prevención y Extinción de Incendios que, estando dotadas presupuestariamente, sean necesarias para dar cumplimiento a la Ley 1/2013, de 7 de marzo, de Regulación y Coordinación de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de Aragón. Esa Ley organiza y estructura los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento en parques y subparques, cuyas dotaciones mínimas de personal, instalaciones y utensilios son determinadas reglamentariamente por el Gobierno autonómico. Esta nueva estructura, y la situación de excepcionalidad y urgencia derivada de la aplicación de esta Ley, es la que justifica la ampliación de personal autorizada por la Disposición que se comenta. En todo caso, la articulación de los procesos selectivos subsiguientes podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de las entidades locales, pudiendo asimismo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones en el desarrollo de los mismos.

B. Legislación autonómica: las previsiones sobre empleo local de la Ley de igualdad entre hombres y mujeres y la modificación de la Ley de coordinación de policías locales de Aragón

Centrados ya en la legislación puramente autonómica, cabe citar en esta ocasión dos Leyes aprobadas por las Cortes de Aragón que contienen referencias de aplicación al empleo local.

La primera de ellas es la *Ley 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón* (*BOA,* 132, de 28 de junio), que

contempla diversas regulaciones genéricas, necesitadas de las correspondientes medidas de concreción, que implican a los empleados locales. Es el caso del art. 7, cuyo apdo. 3 plantea la creación de una estructura administrativa (piénsese en algo semejante a una Unidad de igualdad) a la que se atribuyan las funciones que permitan ejecutar el mandato de incorporación de la perspectiva de género en las políticas, programas y acciones desarrolladas las entidades locales aragonesas. Ligado a ello, el apdo. 4 encomienda al Gobierno de Aragón la facilitación de programas de capacitación y formación específica al personal técnico y al personal electo de los entes locales para garantizar el cumplimiento de esas funciones, que se enumeran de manera más detallada en el apdo. 5. Por fin, el apdo. 8.2 del mismo precepto habilita a la Administración autonómica para prestar asistencia técnica a los Ayuntamientos para la elaboración de los planes municipales de organización del tiempo que decidan implantar, con el fin de contribuir a una conciliación responsable y un reparto equitativo de los tiempos de ocio y trabajo entre mujeres y hombres. Es esta una especificación del mandato genérico sobre acciones de planificación equitativa de los tiempos dispuesto en el art. 22 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad.

También hay que hacer referencia la *Ley 9/2018, de 28 de junio, de modificación de la Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de coordinación de policías locales de Aragón* (*BOA, 132, de 10 de julio*), dictada para adaptar algunos preceptos de esta norma a reivindicaciones funcionariales y a pronunciamientos jurisprudenciales surgidos en el tiempo que lleva vigente la misma. Y así, procede en primer lugar a incluir la movilidad como forma de provisión en la categoría de Policía (art. 25.1), a semejanza de lo que ocurre con el resto de categorías. Pero sin desdoro de esto, la principal novedad tiene que ver con los sistemas de integración que establecieron las Disposiciones Transitorias de la Ley, en particular con la integración de los miembros de la Escala Técnica, que pasaban de pertenecer del Grupo C, Subgrupo C1 al Grupo A, Subgrupo A2. Para ello, obviamente se requería disponer de la correspondiente titulación, permaneciendo en caso contrario en el Grupo de origen en situación «a extinguir».

Esta decisión ha sido muy contestada sindicalmente y por los propios afectados, estableciendo comparativas con los procesos llevados a cabo en otras Comunidades Autónomas que, aun sin cumplir estas condiciones, admitían la integración de sus efectivos solo a efectos retributivos y no de carrera profesional. Sin embargo, esta posibilidad hay que articularla con la reciente jurisprudencia derivada de la STC 154/2017, de 21 de diciembre, que considera los citados procesos contrarios a los principios constitucionales de mérito y capacidad, y recuerda que la titulación es contenido materialmente básico indisponible para las Comunidades Autónomas. Solo cumpliendo tres requisitos podrían llegar a

aceptarse: que se trate de una situación excepcional, que se acuda a los mismos solo una vez, y que esta posibilidad esté prevista en una norma legal en cuya exposición se deberá justificar la concurrencia de dicha excepcionalidad. Precisamente lo que, a juicio del legislador aragonés, sucede en este caso. Por ello procede a modificar la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley, que queda redactada como sigue:

> 1. Los funcionarios que desempeñen puestos de trabajo de la Escala Técnica quedarán integrados en el Grupo A, Subgrupo A2.
>
> 2. Para ello, será requisito indispensable contar con la titulación correspondiente. Los funcionarios que, en el momento de integrarse en el nuevo grupo, *carezcan de la titulación académica requerida para su acceso, quedarán integrados únicamente a efectos retributivos pero, en este caso, en situación «a extinguir». La obtención de la titulación correspondiente en un futuro permitirá la carrera profesional de los funcionarios integrados, no siendo posible en caso contrario.*
>
> 3. Los trienios que se hubieren perfeccionado se valorarán de acuerdo con el grupo de clasificación al que pertenecía el funcionario.

También contiene una regulación relativa a la integración de los Auxiliares de Policía y de los miembros de la Escala Ejecutiva, consistente en este caso en suprimir las anteriores referencias a la prohibición de incremento de gasto público y de modificación de las retribuciones totales anuales en los supuestos en que aquella se llevase a cabo (Disposición Transitoria Segunda, apdo. 4, primer párrafo; Disposición Transitoria Tercera, apdo. 3, primer párrafo). El incremento del sueldo base de los funcionarios de policía local integrados no será, pues, compensado con la deducción de sus retribuciones complementarias.

2. Novedades jurisprudenciales

A. La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón relacionada con el empleo local

No ha sido abundante la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el empleo local, centrándose sobre todo en cuestiones relativas a la provisión de puestos funcionariales, aunque también se puede dar cuenta de un pronunciamiento sobre personal laboral temporal.

La primera de las *Sentencias* a mencionar es la que lleva por fecha *4 de junio de 2018, recurso núm. 208/2017*. En ella se desestima el recurso de apelación presentado por la recurrente, siendo el principal motivo la falta de legitimación para recurrir los Decretos del Consejero de Servicios Públicos y Personal

del Ayuntamiento de Zaragoza por los que se realizaron reasignaciones provisionales de puestos a tres funcionarios que, junto a ella, fueron cesados de los que ocupaban por libre designación al haberse suprimido la Dirección a la que pertenecían. La apelante argumentaba que si se estimara su recurso, las plazas ocupadas por estos tres funcionarios estarían disponibles en las subsiguientes adscripciones, lo que eliminaría cualquier duda sobre su legitimación. A ello responde la Sala recordando que ni existe un derecho subjetivo a uno de los puestos asignados a sus compañeros, ni tampoco vinculación de su puesto a los otros, por lo que si se anularan esas adscripciones la consecuencia no sería necesariamente la asignación a la actora de uno de ellos. No concurre, pues, el interés del que derivaría su legitimación para la impugnación de los tres Decretos en cuestión.

En parecido orden de cosas, se cita la *Sentencia de 23 de mayo de 2018, recurso núm. 329/2016*, que se pronuncia en apelación sobre el procedimiento de provisión, mediante sistema de libre designación, desarrollado para cubrir el puesto de Secretario General de una Diputación Provincial. El primer reproche que el recurrente formula a la Sentencia de instancia es el de incongruencia omisiva, al no abordar la causa de recusación planteada respecto del Presidente de la Corporación. El Tribunal estima este reproche carente de fundamento, pues solo ha lugar aquel vicio cuando el órgano judicial deja imprejuzgada una pretensión fundamental oportunamente planteada. En este caso el Juez no entró a resolver si la causa de recusación existía porque el Presidente de la Diputación no fue quien dictó la resolución de nombramiento. En palabras del Tribunal, «difícilmente puede reprocharse falta de imparcialidad u objetividad de quien decide [...] con base en la eventual concurrencia de una causa de abstención de un tercero que no ha llegado a intervenir en la decisión».

El recurrente también aduce error o defectuosa motivación de la Sentencia de instancia sobre la figura del Vicepresidente de la Diputación, y ello sobre la base de que, en realidad, quien está resolviendo es el Presidente recusado. El argumento antes expresado sirve de piedra de toque para desestimar asimismo este reproche. Quien decidió la convocatoria fue aquel ejerciendo las funciones del Presidente, tal y como determinan los arts. 35.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y 67 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 (ROF). Si el recurrente consideraba que en el Vicepresidente concurrían causas de abstención o recusación debió plantearlo específicamente, sin que el mero hecho de que hubiese sido nombrado por el Presidente –de conformidad con el ordenamiento jurídico– implique su afectación por las mismas causas en que pudiera incurrir este. Una interpretación así llevaría a afirmar que ningún órgano den-

tro de la Corporación podría decidir el procedimiento, requiriéndose un órgano distinto del que tiene atribuida la competencia. Por eso se rechaza igualmente el cuestionamiento formulado sobre el informe dictado por el Jefe de Gabinete de Presidencia en base al mismo argumento. Más cuando este se limitó a dar el visto bueno al informe emitido por un Técnico de Administración General en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 172 del ROF.

Las críticas acerca de la vulneración de los principios de mérito y capacidad son también rebatidas por la Sala, que recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libre designación como sistema de provisión. De acuerdo con la misma, la elección de este sistema no implica poner a disposición del órgano administrativo un poder omnímodo para que decida como tenga por conveniente, sino que le otorga un cierto margen de valoración a la hora de apreciar las aptitudes de los candidatos a desempeñar un puesto de particular relevancia que trasciende el automatismo de un concurso. Así pues, la elección del mismo no supone *per se* marginar aquellos principios. En este caso concreto, la motivación de la resolución es para el Tribunal amplia y razonable, y vino precedida de un informe técnico en el que se expresaban con detalle los méritos y requisitos considerados. El hecho de que la puntuación de los méritos generales del recurrente sea superior a la de quien resultó adjudicatario de la plaza no significa para aquel desconocer el mérito y la capacidad, pues junto a ellos hay que tener en cuenta otros méritos y aptitudes. La suma de todas estas razones determina la desestimación del recurso.

Igualmente hay que dar cuenta de la *Sentencia de 12 de noviembre de 2018, recurso núm. 120/2018*, que desestima en apelación el recurso presentado frente a la sentencia de instancia, anulatoria del Decreto de Presidencia de una Diputación Provincial que atribuyó temporalmente un puesto a un funcionario como consecuencia de los permisos, vacaciones y posterior jubilación de quien ocupaba la plaza. El fallo se sustenta en la necesidad ineludible de convocatoria pública, en aplicación del art. 81.3 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, conforme al cual, «en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación». El argumento expresado por la Diputación recurrente –durante el periodo de vacación y permiso del titular procedía la sustitución de acuerdo con el art. 66 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado (que regula la atribución temporal de funciones), y una vez producida la jubilación se haría de acuerdo con el art. 31 del Decreto 80/1997, de 10 de junio, por el que se aprueba igual Re-

glamento en relación a los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (que regula las comisiones de servicios ordinarias), sin que exijan anuncio previo a los interesados– decae ante el carácter básico del precepto legal.

Y también merece cita la *Sentencia de 29 de noviembre de 2018, recurso núm. 309/2018,* que de nuevo desestima el recurso de apelación presentado frente a una sentencia de instancia. En este caso, el Juzgado había anulado una Resolución de Alcaldía por la que se convocaba concurso para la provisión temporal de plazas de monitores deportivos integrados en la plantilla de personal laboral de la Corporación, y para la creación de una bolsa de empleo de dicha categoría. Las razones de la anulación fueron dos. Por un lado, no consta decisión municipal expresa, motivada y con justificación económica, de extinguir el sistema de gestión por contrato seguido hasta entonces para asumir el Ayuntamiento la gestión directa del servicio, por lo que la convocatoria se habría llevado a cabo para cubrir un servicio que este no puede prestar legalmente por si mismo, lo que supone un fin y un contenido imposible del acto. Por otro, el Ayuntamiento ha modificado la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) para incluir los puestos sin haber procedido a modificarla plantilla ni habilitar crédito presupuestario para ello, lo que supone infracción del art. 90 LBRL.

La Sala ratifica en apelación estos argumentos. En efecto, una vez extinguido el contrato existente –que el Ayuntamiento apelante denomina como modo de «gestión directa encomendada a un tercero mediante un contrato de servicios», lo que es categóricamente rechazado por el Tribunal–, el Pleno del Ayuntamiento acuerda directamente modificar la RPT para crear los puestos de monitores deportivos, calificados como personal laboral temporal. Esto, para el juzgador, implica un cambio de gestión indirecta a directa sin atender el art. 22.2.f LBRL, que impone acuerdo plenario específico. Además, de conformidad con el art. 90 LBRL, deberá ser la plantilla municipal la que prevea la habilitación presupuestaria para cada uno de los puestos de trabajo que se recojan en la RPT, sin que en este caso conste otra decisión que la modificación de esta última. El Ayuntamiento contraargumenta que tanto en la RPT como en la plantilla solo deben incluirse los puestos permanentes, y no los esporádicos sin continuidad –pese a que, incongruentemente con su propio argumento, sí había modificado la RPT y sí defiende asumir la gestión de un servicio que, como tal, no será tan ocasional como pretende hacer creer–. Para estos, entiende que basta con que haya reflejo a nivel presupuestario, lo que se llevó a cabo mediante resolución de Alcaldía que aprobó el expediente de modificación presupuestaria para dotar de crédito en la aplicación correspondiente al personal creado, sin que esta decisión supusiera incremento de la cuantía global del presupuesto por constituir una transferencia de otras partidas de gasto corriente. El art. 90 LBRL

no contiene, sin embargo, esta distinción alegada, por lo que, sumado a todo lo anterior, determina la desestimación del recurso.

Por último, se deja constancia de la *Sentencia de 12 de diciembre de 2018, recurso núm. 93/2018*, que rechaza la existencia de fraude de Ley en una contratación temporal hecha por el Ayuntamiento de Zaragoza, por lo que no procede atribuir al recurrente la condición de personal laboral indefinido no fijo en aplicación de la jurisprudencia comunitaria. A juicio de la Sala queda probada la existencia de razones coyunturales (vacaciones y situaciones de incapacidad laboral transitoria) que justificaron la contratación temporal del recurrente y cinco personas más. No existía, por tanto, situación estructural que requiriese otra decisión. El hecho de que antes de la finalización de sus contratos se contratase temporalmente a otras seis personas para cubrir unas plazas que, frente a lo alegado, no eran equivalentes a la que ocupaba el recurrente ni en funciones ni en retribuciones, no puede valorarse como argumento acreditativo de dicho fraude. Puede existir un cálculo insuficiente de necesidades por el Ayuntamiento, pero no un propósito de fraude, por lo que se rechaza el recurso.

B. **El pronunciamiento de un Juzgado de lo Contencioso-administrativo que anula el sistema de configuración de la bolsa de interinos para puestos de funcionarios de Administración local con habilitación nacional**

Para finalizar, hay que mencionar por su trascendencia la *Sentencia 99/2018, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza de 10 de mayo de 2018,* que anula la Orden 607/2017, de 27 de abril, por la que se modificó la Orden 423/2017, de 23 de marzo, del Consejero de Presidencia del Gobierno de Aragón por la que se efectúa convocatoria para el acceso a la bolsa de trabajo para la provisión, mediante nombramiento interino, de puestos reservados a funcionarios de Administración local con habilitación nacional en entidades aragonesas. Estas Órdenes suscitaron mucha polémica en su momento, y desde diversos frentes políticos y profesionales se criticaron sus contenidos. No era la primera vez que esta Comunidad utilizaba el mecanismo de las bolsas de trabajo con este mismo fin –aunque no excluía la selección de funcionarios interinos por los propios Ayuntamientos, que no están obligados a cubrir sus vacantes recurriendo a las mismas–, pero sí se modificaba en aquellos textos el sistema de valoración de candidatos (que pasa de ser un concurso a un concurso-oposición), se restringían los méritos valorables (solo determinados títulos de especialización) y se regulaba expresamente el cese por deficiente prestación de funciones o rendimiento insuficiente a iniciativa motivada de la Corporación local a través de un expediente contradictorio no disciplinario. Finalmente fue recu-

rrida por la Asociación Sindical de Secretarios-Interventores de Aragón, y la Jueza ha estimado su recurso.

Según se desprende de la Sentencia, el argumento expresado por la recurrente –con el que se conviene en el fallo– se centró fundamentalmente en el aspecto competencial. En concreto en la falta de competencia autonómica para seleccionar a estos funcionarios interinos, limitándose el papel de las Comunidades Autónomas al control del cumplimiento por parte del candidato de los requisitos para proceder al nombramiento propuesto por el Ayuntamiento, de la existencia de las vacantes, y de la imposibilidad de cobertura por un funcionario de carrera. Y ello sobre la base del apdo. 7 del art. 92 bis LBRL, conforme al cual

> las Comunidades Autónomas efectuarán, de acuerdo con la normativa establecida por la Administración del Estado, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter nacional, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental,

y del art. 34 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, recientemente derogado pero aplicable al supuesto enjuiciado, que establecía que

> cuando no fuese posible la provisión de los puestos de trabajo vacantes en las Corporaciones locales reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional por los procedimientos previstos en los artículos 30, 31 y 32, las Corporaciones locales podrán proponer, con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, el nombramiento como funcionario interino de una persona que esté en posesión de la titulación exigida para el acceso a la subescala y categoría a la que pertenece. La resolución del nombramiento se efectuará por el órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva, debiendo quedar acreditado en el expediente la imposibilidad de provisión por un funcionario con habilitación de carácter nacional,

Ambos preceptos, a juicio del órgano judicial, no reconocerían a la Administración autonómica la posibilidad de convocar pruebas selectivas para el acceso a la Escala correspondiente.

Con el debido respeto al órgano judicial, que es el máximo, parece detectarse aquí una cierta confusión en la argumentación: en ningún momento se está hablando de «acceso» sino, como estimaba la representación de la Comunidad Autónoma, de la mera articulación de un mecanismo previsto expresamente en la normativa (art. 53.2 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional) para facilitar la cobertura transitoria de puestos vacantes, nunca obligatorio para las Corporaciones locales, e independiente de los sistemas de selección y nombramiento definitivo cuya competencia es, efec-

tivamente, estatal. Se podrá reprochar a las Órdenes recurridas contenido inadecuado, contravención de los principios de igualdad, mérito y capacidad en consideración a los méritos atendidos y a los desechados, etc. Sobre ello se tendrán que pronunciar los Tribunales de justicia. Pero, sinceramente, no se trata de una cuestión de acceso. En todo caso, habrá que ver qué suerte corre esta Sentencia en el caso de ser apelada, sin que ello sea óbice para aludir ya a los más que posibles problemas prácticos que se habrán derivado de esta anulación. No es, como se ha dicho líneas atrás, una cuestión intrascendente.

III. ORGANIZACIÓN LOCAL

No existen en esta ocasión novedades normativas que reseñar. Se alude directamente a las novedades jurisprudenciales.

1. Jurisprudencia constitucional

A. La cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley aragonesa de transparencia y participación ciudadana

El Tribunal Constitucional ha dictado la *Sentencia 104/2018, de 4 de octubre* (*BOE, 264, de 1 de noviembre)*, por la que se da respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justica de Aragón respecto al art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de esta Comunidad Autónoma. Cabe advertir, antes de entrar a exponer la doctrina del intérprete constitucional, que el recurso contencioso-administrativo que da lugar al planteamiento de la cuestión por el órgano judicial se refiere a un conflicto entre el recurrente y la Administración autonómica. No obstante, el precepto cuestionado (como toda la Ley en que se inserta) resulta también de aplicación a las Administraciones locales, por lo que la respuesta dada es plenamente operativa en su ámbito, y por esa razón se refleja en este informe.

El artículo cuestionado establece el sentido del silencio ante la falta de resolución expresa por parte de la Administración a las solicitudes de información pública. Conforme al mismo, transcurrido el plazo máximo al efecto (un mes, ampliable por otro en supuestos de especial volumen o complejidad),

> el interesado o la interesada podrá entender estimada la solicitud, salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o en una norma de derecho comunitario

El órgano judicial entiende que este precepto incurre en inconstitucionalidad mediata por su posible contradicción con el art. 20.4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dictada por el Estado en el ejercicio de competencias propias, y que establece el silencio negativo en estos casos. Y en ello está de acuerdo el Tribunal Constitucional, al ratificar en primer lugar el carácter básico de la previsión estatal, que considera dictada en ejercicio de la competencia otorgada al Estado para fijar las bases del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 de la Constitución). A juicio del intérprete constitucional, a través de esta competencia pretenden determinarse principios o normas que definan la estructura general del íter procedimental a seguir para realizar la actividad jurídica de la Administración, garantizando un tratamiento común de los ciudadanos ante todas las Administraciones públicas, sin perjuicio de especialidades *ratione materiae*. En el caso de la transparencia pública y el acceso a la información, se estaría hablando de un derecho garantizado en la Constitución (art. 105.b) que, sin embargo, puede entrar en conflicto con otros derechos o intereses protegidos (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la protección de datos de carácter personal, al secreto profesional, a la seguridad y a la defensa del Estado...), lo que justificaría que se le impusiesen límites. En concreto, ante esta eventual colisión, el legislador estatal ha tomado la cautela de protegerlos frente a vulneraciones que pudieran derivarse de la falta de respuesta administrativa a solicitudes de información pública, explicándose de este modo la regla del silencio negativo fijada en el art. 20.4. La norma estatal cumpliría aquí una función típica de las normas de procedimiento administrativo común: garantizar un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas.

La contradicción entre la norma autonómica y la básica estatal, cierta e incontrovertida, es además para el intérprete constitucional insalvable (segundo requisito para considerar existente inconstitucionalidad mediata), al establecerse en ellas regímenes de silencio administrativo incompatibles. De todo ello, pues, no cabe sino seguir la inconstitucionalidad del precepto, que es declarado nulo por esta causa.

A este fallo mayoritario ha formulado Voto Particular el Magistrado Conde-Pumpido, que considera que el título competencial derivado del art. 149.1.18 de la Constitución resulta insuficiente para amparar la amplia y detallada regulación que contienen la Ley 19/2013, y particularmente para establecer el sentido del silencio en el procedimiento de acceso a la información pública. Dicho de otro modo, rechaza que el precepto controvertido constituya procedimiento administrativo común en el sentido de aquel art. 149.1.18, pues sobre la inclusión de la determinación del sentido del silencio dentro de este título hay que

tener en cuenta la sistematización que el mismo Tribunal Constitucional hizo al respecto en sus Sentencias 143/2017, de 14 de diciembre y 70/2018, de 21 de junio. Conforme a lo allí afirmado, el Estado podrá establecer las reglas que regulen el silencio en dos supuestos: cuando se haga sin referencia a sectores materiales concretos (por ejemplo, como llevan a cabo los párrafos 2 y 3 del art. 24.1 de la Ley 39/2015 en relación con la adquisición de facultades relativas al dominio o al servicio público, o en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones) o cuando, aun afectando a una materia o sector concreto, se fije una regla predicable a todo tipo de procedimiento o a un tipo de actividad administrativa (por ejemplo, en materia de ordenación del territorio y urbanismo, se fija la regla del silencio en relación con el trámite de información pública en los procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos o los procedimientos bifásicos de aprobación de los mismos). Más allá de estos casos, la determinación de los procedimientos administrativos constituiría una especialidad procedimental *ratione materiae*, vinculada al concreto régimen sustantivo de la materia de que se trate, y ligada por tanto a la competencia (estatal o autonómica) sobre la misma.

Precisamente esto sucedería para este Magistrado en el caso analizado. El precepto de la Ley aragonesa se refiere a un procedimiento administrativo específico, y no a un sector material, un tipo de actividad administrativa o una categoría de procedimientos. Por ello, la regulación del silencio que lleva a cabo debe fundamentarse en una competencia sustantiva –entre las que sugiere la exclusiva autonómica para organizar sus instituciones de autogobierno, pues algo tiene que poder decir el legislador autonómico sobre hasta qué punto se accede a la información pública que poseen aquellas– sin que quepa encuadrarla sin más en el art. 149.1.18 de la Constitución. Más aún: incluso aunque se admitiera la condición básica del art. 20.4, su carácter de mínimo común denominador no debería impedir que las Comunidades Autónomas, mediante el establecimiento de reglas de silencio positivo, reforzaran el acceso de sus ciudadanos a la información pública y el cumplimiento de la Administración de resolver en plazo. El fallo, por ende, debería haber desestimado la cuestión de inconstitucionalidad.

B. **El recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley de capitalidad de Zaragoza**

También es importante la *STC 137/2018, de 13 de diciembre* (*BOE,* 13, de 15 de enero), por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno frente al art. 14.1.u de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del Municipio de Zaragoza. Ese precepto atribuía al Gobierno de Zaragoza las funciones propias

de la junta general de las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente al Municipio. El recurrente consideró que el precepto incurría en inconstitucionalidad mediata ya que, al despojar al Pleno de la facultad de determinar el órgano que debe asumir las funciones propias de la junta general de la sociedad, contravendría lo dispuesto en los arts. 85.ter.3 y 123.1.k LBRL (formal y materialmente básicos), en conexión con las normas sobre formación de la voluntad de los órganos colegiados en las sociedades mercantiles unipersonales.

El Tribunal Constitucional acoge este reproche, constatando que, efectivamente, ambos preceptos cumplen aquella doble condición. Así es. El régimen específico de organización de los Municipios de gran población que regula el Título X LBRL tiene como una de sus principales características la extensión de las funciones ejecutivas de la Junta de gobierno local, viendo el Pleno reducidas sus competencias administrativas sin que ello menoscabe su naturaleza de órgano representativo que controla a la anterior, monopolizando la potestad normativa, el debate de las grandes políticas locales y la adopción de las decisiones estratégicas (STC 103/2013, de 25 de abril).

Las competencias del Pleno en estos Municipios están recogidas en el art. 123.1 LBRL con carácter básico, pues forma parte de lo básico la regulación de los órganos de gobierno municipal. También está amparada por la competencia estatal del art. 149.1.18 de la Constitución la regulación de la organización de las entidades instrumentales locales en aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que garantice un mismo tratamiento a todos los ciudadanos. Más concretamente, lo que se refiere a la gestión de servicios locales a través de organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales a la que hace mención el art. 85 bis LBRL, lo que es perfectamente extensible a la gestión directa a través de sociedades mercantiles locales (art. 85.ter). Ambos preceptos, por tanto, son básicos.

Es verdad que Aragón tiene competencia «exclusiva» en materia de régimen local, siempre respetando lo dispuesto en los arts. 140 y 149.1 de la Constitución (art. 71.5 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía), y que también está previsto estatutariamente el régimen especial de Zaragoza como capital de Aragón, que será concretado por Ley de Cortes autonómicas. La articulación de ambas previsiones se realizará, en todo caso, en el marco de las bases estatales, debiendo respetar lo dispuesto en los arts. 85.ter y 123.1 LBRL.

En este marco, hay que tener en cuenta que el art. 123.1.k LBRL atribuye el Pleno la adopción del acuerdo de creación de sociedades mercantiles para la gestión de servicios de competencia municipal. Estas sociedades se rigen por el

ordenamiento jurídico privado (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de capital privado), salvo en las materias en que les resulte de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación (art. 85.ter.1 LBRL). Sin embargo, la legislación mercantil no fija cuál es el órgano que expresa la voluntad del socio único a la hora de ejercer las competencias propias de la junta general, ciñéndose a aclarar que en las sociedades unipersonales es el socio único el que ejerce las competencias de la junta general. Por tanto, no impone que el Pleno se constituya en junta general, ni prohíbe que las funciones de esta las ejerza la Junta de gobierno local. Es el apdo. 3 del art. 85.ter LBRL el que remite a los estatutos de la sociedad la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas. Y estos estatutos corresponde aprobarlos al Pleno.

Efectivamente, el acuerdo de creación de las sociedades municipales corresponde al Pleno municipal (art. 123.1.k LBRL), y equivale a lo que la legislación mercantil denomina acto unilateral de constitución de las sociedades unipersonales. Tras ello, lo que corresponde para perfeccionar el proceso fundacional es otorgar escritura de constitución de las sociedades de capital, que forzosamente corresponderá al socio fundador por medio de representante cuando este sea una persona jurídica. La escritura pública deberá incluir los estatutos sociales. Así las cosas, en las sociedades mercantiles locales el socio fundador es el Ayuntamiento, que expresa su voluntad a través del Pleno, siendo los estatutos societarios la manifestación más acabada de su voluntad. Y es en esos estatutos en los que deberán señalarse los órganos societarios (art. 85.ter.3 LBRL). Como señala expresamente el Tribunal, un mero acuerdo plenario de creación de la sociedad sin este contenido, no seguido de unos estatutos sociales con el contenido mínimo fijado legalmente (denominación, objeto social, domicilio social, capital social, órganos y modos de adopción de acuerdos), está vacío de contenido.

El art. 14.1.u de la Ley de régimen especial del Municipio de Zaragoza, al atribuir al Gobierno de la ciudad la formación de la voluntad del Ayuntamiento como socio único en las sociedades mercantiles cuyo capital social corresponda íntegramente a aquel, asumiendo las funciones de junta general, no se opone formalmente al art. 123.1.k LBRL, pero sí materialmente, pues vacía de contenido el acuerdo de creación de una sociedad mercantil local al impedir que el Pleno, al aprobar los estatutos societarios, decida cuál es la forma de designación y funcionamiento de la junta general (art. 85.ter.3 LBRL). El legislador básico ha reservado al Pleno la facultad de optar por la fórmula organizativa de las sociedades mercantiles locales, y la Ley aragonesa, al desapoderar al Pleno de este

ámbito de decisión, vulnera el art. 149.1.18 CE. Por todo ello, declara la inconstitucionalidad del precepto autonómico recurrido.

2. Jurisprudencia ordinaria

A. La jurisprudencia sobre organización local dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Dentro de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón hay que destacar en primer lugar la *Sentencia de 2 de marzo de 2018, recurso núm. 67/2017*, que confirma la vulneración del derecho fundamental al ejercicio del cargo público (art. 23.2 de la Constitución) derivada de la denegación a un concejal de la solicitud de exhibición del padrón municipal con el argumento genérico de la protección de datos de carácter personal. No se trataba en este caso de un acceso en relación con identidades concretas sino de una solicitud de información sobre altas y bajas. A ello se suma que la Agencia Española de Protección de Datos, interpretando la legislación de protección de datos en relación con el derecho de los concejales a acceder a la información del padrón municipal, se ha pronunciado favorablemente sobre su posibilidad de acceso en sus informes 22/2005 y 470/2006.

El mismo Tribunal y Sala también ha dictado la *Sentencia de 14 de febrero de 2018, recurso núm. 53/2016*, que se manifiesta sobre el deber de abstención del Alcalde. En este caso, el regidor municipal era copropietario al 25 % de un local arrendado cuya arrendataria solicitó al Ayuntamiento licencia de obras y formuló declaración responsable de apertura para desarrollar en él una actividad comercial. Ambos títulos fueron concedido y declarado eficaz respectivamente por dicho órgano, competente al efecto conforme a la normativa de régimen local. Atendidos los arts. 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy derogado, pero aplicable en el momento de producirse los actos recurridos, y que planteaba la abstención cuando concurriera un interés personal en el asunto), 76 LBRL («los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas. La actuación de los miembros en que concurran tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido») y 108.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón («los miembros de las Corporaciones locales, en el ejercicio del cargo, observarán en todo momento las normas sobre

incompatibilidades y se abstendrán de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de cualquier asunto en que tengan interés directo. La actuación de los miembros de las Corporaciones locales en que concurran las mencionadas circunstancias podrá suponer, si ha sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido») concurría aquí aquel deber, que fue incumplido.

Estando claro el interés manifiesto y objetivo del Alcalde en que la arrendataria de su local obtuviera las oportunas licencias, es justamente el carácter determinante de su intervención el que lleva a la Sala a considerar la nulidad de ambos títulos. Si bien es cierto que no cualquier desatención del deber de abstención conlleva necesariamente la invalidez de los actos adoptados, sí la comporta aquella condición. Que sin duda se da en el supuesto descrito, siendo el Alcalde el competente para su otorgamiento y derivándose de ella el inicio de la actividad. No obsta a ello el carácter reglado de la licencia de obras y que no se haya cuestionado el fondo de la licitud de la licencia, que no es necesario analizar concurriendo el motivo de forma que produce la invalidez del acto. Se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho por aplicación del art. 62.1.g de la Ley 30/1992 y, como tal, no susceptible de convalidación.

Esta declaración de nulidad, sin embargo, no afecta a la licencia ambiental de actividad clasificada ni a la de ocupación de vía pública para la instalación de veladores, al tratarse a juicio del Tribunal de títulos independientes y en el caso de la primera, no subordinada a la licencia de obras, tal y como determinaba el art. 134 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón en su redacción originaria, también aplicable aquí por cuestión temporal. El fundamento del argumento está en lo dispuesto en el art. 64 de la Ley 30/1992, conforme al cual la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero. Cosa distinta es que en lo referente a la licencia de ocupación, concurra la causa de nulidad por no ser el terreno sobre el que pretendían establecerse los veladores de dominio o uso público, pero sin que la declaración de nulidad derive del anterior motivo de abstención.

Mención merece asimismo la *Sentencia de 25 de mayo, recurso núm. 272/2016*, que recuerda la previsión establecida en el art. 54.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL). Como es sabido, este precepto exige para el ejercicio de acciones en defensa de bienes y derechos de las entidades locales la adopción de previo dictamen del Secretario municipal o, en su caso, de la Asesoría jurídica, y en defecto de ambos, de un Letrado. Se trata de una garantía impuesta por el ordenamiento jurídico para que el ór-

gano que haya de adoptar dichos acuerdos lo haga con pleno conocimiento de causa, evitando el inicio de pleitos irreflexivos sin conocer las posibilidades razonables de obtener una respuesta favorable, y más en el caso de unas entidades con escasos medios económicos y con mayor necesidad de extremar sus actos de disposición. Su importancia hace que la falta del mismo comporte la nulidad del acuerdo adoptado, tal y como ha declarado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo. No se trata, pues, de un mero defecto procesal subsanable, sino que vicia de fondo el acto administrativo en el que pretende fundarse la legitimación *ad processum* de los Ayuntamientos recurrentes.

B. **La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo que determina el órgano competente para acordar el ejercicio de acciones administrativas y judiciales declarativas de dominio**

Para finalizar este informe, ha de dejarse constancia de la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza de 5 de abril de 2018, recurso núm. 97/2017*, que se pronuncia sobre el órgano municipal competente para acordar el ejercicio de acciones administrativas y judiciales declarativas de dominio frente a las inscripciones registrales practicadas por el Arzobispado de Zaragoza en relación con la catedral de la Seo, la iglesia de Santa María Magdalena y los templos de San Juan de los Panetes y de Santiago el Mayor, sitos todos ellos en la ciudad de Zaragoza. La parte actora (el Arzobispado) entiende que la competencia corresponde al Pleno y no al Gobierno de Zaragoza, de conformidad con lo prevenido en el art. 22.2.j LBRL, por lo que los acuerdos de este órgano solo serían válidos de realizarse por delegación. Esto obligaría a celebrar sesión pública por lo que, no constando que así fuera, procede declarar su invalidez.

La Jueza rebate este argumento, recordando que estamos aquí ante la actuación de un Municipio de Gran Población, por lo que los preceptos a invocar son los arts. 123 y 127 LBRL, de los que se desprende la correspondencia a la Junta de gobierno (Gobierno de Zaragoza) para «el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas en materia de su competencia» (apdo. j). Puede, pues, este órgano disponer dicho ejercicio.

Otra cosa es que los acuerdos para el ejercicio de acciones en defensa de bienes y derechos de las entidades locales deban adoptarse previo dictamen del Secretario o, en su caso, de la Asesoría jurídica, y en defecto de ambos, de un Letrado como impone el art. 54.3 TRRL que acaba de citarse en el anterior apartado. Aunque se admitan flexibilizaciones a la emisión de este informe (que, por ejemplo, podrá emitirse *in voce* siempre que cumpla las misma exigencias que si se produjera por escrito, esto es, con razonamiento explícito sobre la viabilidad

de la acción y su procedencia desde la perspectiva técnico-jurídica), su importancia hace que la falta del mismo comporte la nulidad del acuerdo adoptado, tal y como ha declarado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo. En este caso, existen dos informes escritos sobre la titularidad dominical de la Seo y de la Iglesia de Santa María Magdalena en los que no consta referencia alguna a la posible información o asesoramiento acerca de la procedencia del ejercicio de acciones a entablar. Respecto a San Juan de los Panetes y Santiago el Mayor no hay ningún informe, no constando siquiera solicitud al efecto dirigida a la Asesoría Jurídica. Por esas razones, se declara la nulidad de los Acuerdos municipales, al adoptarse las decisiones de acción sin existir elementos de juicio necesarios en cuanto a los posibles derechos que pudiera ostentar el Ayuntamiento de Zaragoza sobre los referidos templos.

Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda

Mª Josefa Aguado Orta

I. LEGISLACIÓN

Como viene siendo habitual últimamente, el año 2018 tampoco ha sido un año en el que la actividad legislativa en materia de urbanismo y ordenación del territorio haya sido importante y de gran trascendencia. No obstante, si merece destacar la publicación de algunas normas que, en cuanto al ámbito territorial, afectan al desarrollo de la Directriz Especial de Política Demográfica y contra la Despoblación y aprueban una nueva directriz territorial, como la Directriz Especial de Ordenación Territorial del Camino de Santiago-Camino Francés a su paso por Aragón. Por lo que respecta al urbanismo propiamente dicho, merece destacar la aprobación del reglamento de entidades urbanísticas colaboradoras y diversas leyes transversales que también tienen incidencia en el urbanismo y la ordenación del territorio. Finalmente, se ha dictado normativa en temas sectoriales como son los espectáculos públicos y actividades recreativas.

Por lo que se refiere a la ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, además de la publicación del **Decreto 71/2018, de 24 de abril, por el que se crea y regula el Observatorio Aragonés de Dinamización Demográfica y Poblacional**, consecuencia inmediata de la aprobación de la Directriz Especial de política demográfica y contra la despoblación, por Decreto 165/2017, de 31 de octubre, hay que mencionar el **Decreto 211/2018, de 3 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por**

el que se aprueba la Directriz Especial de Ordenación Territorial del Camino de Santiago-Camino Francés a su paso por Aragón, publicado en el *BOA*, 241, de 14 de diciembre.

Esta directriz, de vigencia indefinida, sin prejuicio de la elaboración de un informe de evaluación del grado de cumplimiento de los objetivos perseguidos, tiene como ámbito de actuación las estrategias de intereses ambientales, culturales, económicos y sociales vinculados al Camino de Santiago-Camino Francés, como eje vertebrador y motor de desarrollo territorial.

Las disposiciones normativas incluidas en la directriz tienen carácter vinculante para los destinatarios, sin perjuicio de la prevalencia de las disposiciones ambientales de aplicación. Las formulaciones de carácter estratégico tienen el valor de criterios determinantes del ejercicio de las potestades públicas, con las salvedades previstas en el art. 26 de la LOTA.

Determinado el ámbito territorial de la directriz, que abarca 10 municipios de la provincia de Huesca y 6 de la provincia de Zaragoza, la Directriz efectúa un diagnóstico, con unos objetivos territoriales (entre los que se incluye el fomento de la rehabilitación y mejora de los núcleos urbanos y la compatibilidad con el planeamiento territorial, ambiental y urbanístico), y 9 estrategias, cada una de las cuales incluye un variado número de programas de actuación.

Si bien son nueve las estrategias previstas en la directriz, merece detenerse en dos de ellas, la estrategia para la reactivación de los núcleos urbanos y la estrategia de coordinación territorial.

La ESTRATEGIA PARA LA REACTIVACIÓN DE LOS NÚCLEOS URBANOS se desarrolla mediante la implementación de varios programas.

De ellos, destaca el programa para la *implantación de actividades en los núcleos del Camino*, que se dirige a fomentar nuevas actividades en los núcleos y a la adaptación de los existentes a los requerimientos propios de la población y los visitantes, bajo parámetros de calidad y excelencia, que contribuyan a la reactivación económica de los núcleos, impulsando la puesta en valor de los valores endógenos caracterizadores del lugar. Persigue la recualificación de su estructura urbana, promoviendo las actividades vinculadas al trazado del Camino y otras complementarias, y la identificación de las edificaciones de interés como posibles contenedores de nuevas actividades vinculadas al Camino para equipamientos, servicios y nuevos generadores de actividad.

Los objetivos y criterios de intervención de este programa son, entre otros, la acogida de nuevas actividades que completen y refuercen las existentes, la reactivación de los usos culturales vinculados al Patrimonio histórico y cultural, el fomento de la implantación de nuevos usos en edificios con valo-

res patrimoniales, sean catalogados o no y la recuperación y rehabilitación de aquellos elementos característicos del patrimonio arquitectónico de los núcleos para fortalecer la capacidad de atractivo de los recursos turísticos asociados al Camino.

Para la consecución de estos objetivos, la estrategia prevé varias acciones, tales como, el inventariado de usos y actividades, la definición de nuevos usos, vinculados con el ámbito de la Directriz, la identificación, catalogación y puesta en valor de las edificaciones e instalaciones con valor arquitectónico y cultural, la configuración y consolidación de ejes de actividad vinculados al trazado del Camino, que promuevan un servicio integral eficaz al peregrino y a los residentes. Todo ello, con un sistema de ayudas públicas para la implantación de los usos, la generación de empleo y la fijación de pymes.

El programa para la *Rehabilitación y regeneración en los núcleos del Camino* está dirigido a identificar, delimitar y tratar pormenorizadamente las áreas susceptibles de acoger procesos de rehabilitación y regeneración dentro de las estructuras urbanas de los núcleos integrados en el ámbito de la Directriz.

Paralelamente, se propone la creación de programas de ayuda a los particulares y comunidades de vecinos para la rehabilitación de las viviendas y fachadas de edificios residenciales, con el fin de preservar el patrimonio arquitectónico de los núcleos que son atravesados por el Camino, que define la imagen urbana que percibe el peregrino.

Los objetivos y criterios de intervención de este programa son la preservación y potenciación del valor histórico y cultural del Camino de Santiago, la consideración del patrimonio de las estructuras urbanas de los municipios que atraviesa el Camino como uno de sus principales valores a proteger, el mantenimiento de las constantes tipológicas de los edificios de interés, la recuperación y rehabilitación de los elementos característicos de los núcleos para fortalecer la capacidad de atractivo de los recursos turísticos asociados al Camino y la valoración de la escena urbana incidiendo en la rehabilitación de viviendas y fachadas y la regeneración qué incorpora el tratamiento del espacio público a ella asociada.

Las acciones propuestas para implementar este programa son la delimitación de ámbitos susceptibles de acoger procesos de Rehabilitación y Regeneración urbanas que contribuyan a la mejora y revitalización de las estructuras urbanas de los núcleos, elaboración de propuestas de intervención de elementos catalogados que requieran obras de rehabilitación o acondicionamiento, la creación de recorridos de interés arquitectónico y cultural y la creación de un programa de ayudas para la preservación y rehabilitación de las edificaciones identificadas.

La ESTRATEGIA DE COORDINACIÓN TERRITORIAL incluye programas tales como la concertación interadministrativa, la adecuación del planeamiento urbanístico en el Camino, conexión transfronteriza y coordinación interdepartamental.

La *Concertación interadministrativa*, tiene por objeto promover la concertación entre Administraciones cuya competencia esté vinculada al desarrollo del Camino y a las estructuras territoriales y urbanas contenidas en el ámbito de la Directriz, que contribuya a garantizar la compatibilización y complementariedad de las disposiciones establecidas en otros instrumentos de ordenación territorial que tengan incidencia en el ámbito delimitado por esta Directriz.

Los objetivos perseguidos buscan la coordinación entre las Administraciones implicadas en la regulación de las actividades que se desarrollan vinculadas al Camino de Santiago, la colaboración con la C. F. de Navarra para la puesta en valor conjunta del Camino de Santiago y el establecimiento de acuerdos marco con otras Comunidades autónomas por dónde discurre el Camino de Santiago. Estos objetivos pueden conseguirse a través de la implementación de acciones tales como la instrumentalización y coordinación acuerdos marco entre Administraciones que aseguren la correcta vinculación entre las actuaciones sobre el Camino que acomete cada una de ellas y el acondicionamiento conjunto del tramo aragonés del Camino.

El programa de *Adecuación del planeamiento urbanístico en el Camino* persigue la adecuación y compatibilidad del planeamiento urbanístico municipal de los municipios incluidos en el ámbito de la Directriz, con el fin de que eliminar conflictos entre las determinaciones territoriales de la Directriz y los correspondientes instrumentos de planeamiento, así como impulsar la redacción de instrumentos de planeamiento en aquellos municipios que carecen de él. Plantea la creación de mecanismos de colaboración entre el Gobierno de Aragón y aquellos municipios incluidos en el ámbito de la Directriz en los que sea aconsejable modificar su planeamiento municipal para adaptarlo al planeamiento territorial.

Son objetivos la formulación de criterios a considerar en los trabajos de revisión o adaptación del planeamiento urbanístico de los municipios al contenido en la Directriz, la regulación de la ordenación urbanística de los municipios y la integración en el planeamiento municipal específico de cada municipio las determinaciones que, con carácter vinculante u orientativo, establece la Directriz para la redacción de planeamiento urbanístico.

Las acciones previstas para alcanzar estos objetivos son la evaluación del planeamiento municipal vigente para la identificación de posibles puntos de conflicto con respecto a las especificaciones de la ordenación territorial, elaboración de un documento de planeamiento de aplicación subsidiaria en los municipios que carezcan de él, así como el asesoramiento a los municipios que ca-

rezcan de capacidad técnica suficiente para la formulación del documento de planeamiento.

El programa de *Conexión transfronteriza* tiene por objeto establecer nexos funcionales con Francia y con la C. F. de Navarra, abarcando acuerdos de cooperación en cuanto al tratamiento, señalización y fijación de hitos (referentes para la acogida y distribución de peregrinos), enclaves equivalentes interrelacionados (entrada y salida) y promoción de actividades compartidas por las diferentes Administraciones.

Los objetivos y criterios de intervención son la colaboración para la puesta en valor conjunta del Camino de Santiago, enfatizando la necesaria complementariedad de las actuaciones; la coordinación e impulso de actividades conjuntas tomando como eje el Camino, de forma que se aprovechen las sinergias que se generen desde una Comunidad o País hacia otras y la coordinación de las conexiones con los trazados alternativos o caminos existentes en Navarra. Para llevar a cabo estos objetivos se plantean como acciones el establecimiento de acuerdos marco con otras Comunidades autónomas por dónde discurre el Camino de Santiago, que abarquen temas como la intensificación de rutas complementarias, redes dotacionales, etc. y la formalización de convenios de colaboración con los municipios fronterizos (Francia) sobre promoción turística.

En el ámbito material de URBANISMO, aparte de la publicación de una **Orden EIE/418/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan los procedimientos de inscripción en el Registro de la Certificación de Eficiencia Energética de Edificios de la Comunidad Autónoma de Aragón y su tramitación telemática** y el **Decreto 223/2018, de 18 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el Plan Aragonés de Vivienda 2018-2021**, que no es sino la incorporación al ordenamiento jurídico de Aragón del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, aprobado por el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, hay que referirse al **Decreto 210/2018, de 3 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Entidades Urbanísticas Colaboradoras**, publicado en el *BOA*, 240, de 13 de diciembre.

Este decreto, que entró en vigor al mes de su publicación, esto es, el 13 de enero, supone la derogación de los arts. 8, 11, 12.1, 13, 14, 15 y 16 del Decreto 52/2002, de 19 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el desarrollo parcial de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, Urbanística, en materia de organización, planeamiento urbanístico y régimen especial de pequeños municipios, y los arts. 25 a 32 del Decreto 20/2011, de 8 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Registro Público de Convenios Urbanísticos, el Registro Aragonés de Patrimonios Públicos de Suelo y el Registro Administrativo

de Entidades Colaboradoras y Programas, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento. Asimismo, el decreto desplaza en el ámbito de la CA de Aragón los arts. 8, 67 a 70, 128, 129 y 157 a 193 del Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto.

El reglamento tiene 84 artículos y 4 anexos y se divide en 9 capítulos.

Con carácter general, las entidades urbanísticas colaboradoras, asumirán las facultades y deberes de ejecución urbanística que les confiere la legislación urbanística y el planeamiento e, incluso, pueden realizar tareas de conservación y administración de la urbanización y sus elementos, así como de otros servicios de interés común que expresamente estén previstos en sus estatutos.

Aunque el listado no es limitativo sino meramente enunciativo, considera 7 tipos de entidades urbanísticas colaboradoras, a cada una de las cuales dedica un capítulo.

Forman parte de estas entidades de conservación los propietarios de fincas comprendidas en la unidad de ejecución, los titulares de aprovechamientos urbanísticos a materializar en la misma unidad de ejecución, la Administración actuante en su condición de propietaria y, en su caso, las empresas urbanizadoras.

En cuanto a su régimen jurídico, se rigen por este reglamento, sus estatutos y bases de actuación, sin perjuicio de que, subsidiariamente, sean de aplicación las normas de las juntas de compensación al resto de entidades urbanísticas colaboradoras, así como las normas sobre funcionamiento de los órganos colegiados contenidas en la legislación sobre régimen jurídico del sector público.

Tienen carácter administrativo cuando ejercen potestades administrativas, y dependen de la Administración urbanística actuante.

La constitución de las entidades urbanísticas colaboradoras se producirá en el momento del otorgamiento de la escritura pública, adquiriendo desde ese momento personalidad jurídica y plena capacidad de obrar.

No obstante, los efectos jurídicos de carácter administrativo del acto constituyente de las entidades urbanísticas colaboradoras y la adquisición de su naturaleza administrativa quedan diferidos al transcurso del plazo de un mes desde la entrada en el registro de la Administración actuante sin notificación que manifieste discrepancia con la documentación aportada, y la comunicación al Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras para su inscripción.

Se consideran en todo caso efectos jurídicos de carácter administrativo a efectos del reglamento, la contratación de la obra urbanizadora, los recursos en vía administrativa contra los acuerdos de la entidad y la vía de apremio.

La inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de Aragón sólo tiene efectos de publicidad, no es constitutiva.

Regula como órganos de gobierno y administración la asamblea general y el órgano rector, y son los estatutos los que deben regular su composición, funciones y las facultades del presidente y secretario y, en su caso, del vicepresidente.

Las disposiciones generales del reglamento también se refieren a la transmisión de la titularidad de una finca o derecho de aprovechamiento, que supondrá la subrogación en los derechos y obligaciones del transmitente, entendiéndose incorporado el adquirente a la entidad a partir del momento de la transmisión. Es obligatorio comunicar la transmisión a la entidad colaboradora. Igualmente, debe constar expresamente en la escritura pública de enajenación que el transmitente está al corriente en el pago de las cuotas aprobadas y notificadas por la entidad, tanto ordinarias como extraordinarias, que hayan vencido, o bien las que debe.

En los supuestos de urbanización y edificación simultánea, cuando se produzca la transmisión de viviendas o locales, el vendedor está obligado al pago de los gastos de urbanización pendientes, a cuyo efecto ostentará la representación del comprador en la entidad salvo pacto en contrario. La entidad podrá exigir al vendedor que garantice el pago de dichos gastos de urbanización pendientes. En caso de disolución de la entidad urbanística colaboradora o insolvencia del promotor-vendedor, los adquirentes responderán subsidiariamente.

Además de referirse a la adopción de acuerdos y a la posibilidad de interponer recurso de alzada contra los acuerdos de la entidad colaboradora, el reglamento regula la posibilidad de que la Administración suspenda temporalmente el funcionamiento de la actividad de las entidades urbanísticas colaboradoras a solicitud de las mismas, por razones materiales o económicas y siempre que no resulte contraria al interés público, excepto en el caso de las entidades de conservación.

Por último, en lo que a las disposiciones generales se refiere, el reglamento regula el control económico y cuenta de liquidación definitiva, la disolución, liquidación y extinción de estas entidades.

La regulación de la **Junta de Compensación**, que tiene por objeto la gestión y ejecución de la urbanización de la unidad de ejecución por los mismos propietarios comprendidos en su ámbito, con solidaridad de beneficios y cargas, es muy extensa porque, no hay que olvidar, se aplica supletoriamente al resto de entidades urbanísticas de colaboración. El Capítulo II del decreto regula los siguientes aspectos:

- la determinación del sistema de actuación;
- la constitución de la Junta, incluyendo los casos en los que no es exigible su constitución; los requisitos para asumir la iniciativa, que debe llevarse a cabo en el plazo de un año a contar de la plena eficacia del planeamien-

to que establezca la ordenación pormenorizada y determine la gestión indirecta; el procedimiento de adhesión y la aprobación de los estatutos y bases de actuación de la Junta.

- los efectos de la aprobación definitiva de los estatutos y bases.
- el contenido mínimo de los estatutos y bases de actuación.
- el proyecto de reparcelación, incluyendo las funciones de la junta sobre la formulación y aprobación del mismo.
- las funciones de la junta sobre la ejecución de las obras de urbanización, tales como la contratación de las obras, que se llevará a cabo de conformidad con los principios de concurrencia, publicidad y transparencia, aplicándose la legislación de contratos del sector público «en tanto resulte de aplicación el criterio funcional de obra pública». A tal efecto, la JC debe aprobar un pliego de condiciones que recoja los criterios técnicos y económicos que regirán la adjudicación y ejecución de la obra.
- las obras de urbanización, con la posibilidad de ocupar los terrenos objeto de cesión hasta que finalicen las obras y sean recibidos por la Administración actuante. También regula la recepción de las obras de urbanización.
- las responsabilidades de la junta, frente a la Administración actuante, de la urbanización completa de la unidad de ejecución y, en su caso, de la edificación de los solares resultantes. En este punto, el reglamento también regula la posibilidad de sustitución del sistema cuando la junta incurra en incumplimiento graves y los supuestos de incumplimiento de los miembros de la JC.

A las **Asociaciones Administrativas de Cooperación** se refiere el capítulo III del reglamento. Estas asociaciones se forman por iniciativa de los propietarios que representen al menos el 25 % de la suma de la superficie y de los derechos aportados de la unidad de ejecución.

Sólo puede constituirse una en cada unidad de ejecución y tienen preferencia en la tramitación, en caso de concurrencia de varias iniciativas, la suscrita por propietarios que representen un mayor porcentaje de la suma de la superficie y derechos aportados o, en caso de igualdad, la que primero hubiera tenido entrada en el registro de la Administración actuante en expediente completo. Los propietarios no pueden suscribir más de una iniciativa simultáneamente.

Los estatutos por los que deban regirse tendrá contenido y procedimiento similar al previsto para la JC. Las relaciones de la asociación con la Administración actuante se llevarán a cabo por su presidente, elegido entre los propietarios.

La pertenencia a una asociación administrativa será voluntaria y, una vez constituida, los propietarios no promotores tendrán derecho a formar parte de la misma conforme al procedimiento establecido en los estatutos de la entidad o, en su defecto, mediante escritura de adhesión a la escritura de constitución.

Son funciones de las asociaciones administrativas de cooperación las siguientes:

a) Ofrecer a la Administración actuante sugerencias referentes a la gestión de la unidad de ejecución de que se trate.

b) Auxiliar a la Administración actuante en la vigilancia de la ejecución de las obras y dirigirse a ella denunciando los defectos que se observen y proponiendo medidas para el más correcto desarrollo de las obras.

c) Colaborar con la Administración actuante para el cobro de las cargas de urbanización en función de las cuotas de participación.

d) Examinar y controlar el destino de las cantidades satisfechas por los propietarios de la unidad de ejecución en concepto de cargas de urbanización.

e) Gestionar la concesión de los beneficios fiscales que procedan.

f) Elaborar y presentar a tramitación administrativa los proyectos de reparcelación y de urbanización, de tramitación obligatoria por la Administración actuante, considerando el coste como carga de urbanización.

El Capítulo IV regula las **Agrupaciones de Interés Urbanístico**, propias del sistema de gestión indirecta por urbanizador. En este sistema, los propietarios pueden constituir agrupaciones de interés urbanístico con la finalidad de competir por la adjudicación del programa de urbanización del ámbito o de colaborar con el urbanizador en la gestión del ámbito, incluida la ejecución de las obras de urbanización.

Se forman por iniciativa de los propietarios que representen al menos el 25 % de la suma de la superficie y de los derechos aportados de la unidad de ejecución. En cuanto a su constitución, composición, estatutos y elección del presidente, se rigen por lo establecido para las asociaciones administrativas de cooperación.

En orden a las funciones de las agrupaciones de interés urbanístico, el reglamento distingue según tengan por objeto colaborar con el urbanizador en la gestión del ámbito o cuando sean adjudicatarias de un programa de urbanización. En este segundo caso, puede ejercer las prerrogativas y facultades establecidas en el art. 166 del TRLUA. En el primer supuesto sus funciones serán:

a) Formular al urbanizador y a la Administración actuante sugerencias referentes a la gestión y urbanización de la unidad o unidades de ejecución de que se trate.

b) Auxiliar a la Administración y, en su caso, al urbanizador, con la vigilancia de la ejecución de las obras y dirigirse a ellos denunciando los defectos que se observen y proponiendo medidas para el más correcto desarrollo de las obras.

c) Colaborar con el urbanizador y, en su caso, con la Administración, para el cobro de las cuotas de urbanización.

d) Examinar y controlar el destino de las cantidades exigidas a los propietarios de la unidad de ejecución en concepto de gastos de urbanización.

e) Colaborar con el urbanizador en la preparación y redacción de los proyectos de reparcelación y de urbanización.

La regulación de la **Entidades de Conservación** en el Capítulo V es más extensa. Como regla general, se reconoce la obligación de la Administración actuante de conservar las obras de urbanización y mantener las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos a su cargo, una vez hayan sido recibidas.

Excepcionalmente, los propietarios de los terrenos comprendidos en una unidad de ejecución, estarán obligados a conservar esas obras cuando así se imponga por el planeamiento urbanístico, por el plan o proyecto de interés general de Aragón, las bases de un programa, las bases de una junta de compensación, o resulte expresamente de disposiciones legales; decisión esta que deberá motivarse específicamente, en función de las circunstancias concurrentes, por razones concretas de interés público o porque lo soliciten los propietarios. Todo ello, con independencia de la titularidad pública o privada y de uso público de la urbanización.

Debe fijarse su duración.

Las funciones de las entidades de conservación, a parte de la conservación de las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos, son las relativas a la administración y gestión de servicios de interés común que expresamente prevean sus estatutos. En concreto:

a) Velar por la prestación de los servicios que tengan encomendados.

b) Establecer reglas de acceso, pudiendo, en el caso de urbanizaciones abiertas al uso público, establecer medidas que restrinjan el acceso en la franja horaria de menor afluencia, previa autorización municipal.

c) Cualesquiera otras que se acuerde acometer, siempre que se encuadren dentro de los fines legales y sean adoptados por el órgano competente de la entidad.

El reglamento regula también la constitución de estas entidades de conservación y el régimen de funcionamiento, que incluye las cuotas, estatutos, cobro de cuotas y duración.

La regulación de las **Juntas de Rehabilitación** en el Capítulo VI reconoce a las comunidades de propietarios, individualmente o a través de agrupaciones, las cooperativas de viviendas, los propietarios de terrenos, construcciones, edificaciones y fincas urbanas y los titulares de derechos reales o de aprovechamiento, además de las empresas, entidades o sociedades que intervengan en nombre de los anteriores, y en especial las asociaciones administrativas que agrupen a algunos de los sujetos mencionados, la posibilidad de constituir asociaciones con la finalidad de ejecutar o colaborar con la Administración en la ejecución de actuaciones de rehabilitación, renovación o regeneración urbana.

Constituida una junta de rehabilitación, la Administración la considerará vía preferente para la participación y la información a los propietarios, pudiendo incorporarse a ella empresas, entidades o sociedades que intervengan por cualquier título en dichas operaciones.

Las Administraciones públicas y los entes dependientes de las mismas podrán ser miembros de pleno derecho de estas asociaciones cuando contribuyan a la financiación de la operación. En otro caso, la Administración actuante participará en sus órganos de gobierno con voz, pero sin voto.

Salvo que dispongan otra cosa los estatutos de la entidad, la JR contará con una asamblea, de la que formarán parte todos sus miembros, y una comisión ejecutiva, de la que deberá formar parte un representante de cada comunidad o agrupación de comunidades de propietarios o entidad, además de un representante de la Administración actuante.

Tendrá como funciones la elaboración, por propia iniciativa o por encargo del responsable de la gestión de la actuación de que se trate, de los programas, planes o proyectos de gestión correspondientes a dicha actuación. Aprobado el programa, proyecto de plan o proyecto de gestión de una actuación sistemática de rehabilitación, renovación o regeneración urbana, los gastos tienen la consideración de cargas de urbanización.

Estas entidades tienen carácter administrativo y la consideración de entidades urbanísticas colaboradoras con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para la realización de cualesquiera actividades directamente relacionadas con el deber de conservación, así como participar en la ejecución de actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbana.

Se rigen por lo previsto para las entidades de conservación en caso de que se trate de actuaciones asistemáticas. Cuando se trate de un ámbito de interven-

ción o área de reforma interior para la ejecución sistemática de las actuaciones de regeneración o renovación, se regirán por su régimen específico y, además, por lo dispuesto en cada sistema de actuación para la correspondiente entidad urbanística colaboradora, sea como JC en el sistema de compensación, asociación administrativa de propietarios en el sistema de gestión directa por cooperación, agrupación de interés urbanístico en el sistema de gestión indirecta por urbanizador o rehabilitador, en función de lo establecido en el instrumento urbanístico aplicable para la correspondiente actuación de rehabilitación, renovación o regeneración urbana.

El reglamento también regula el procedimiento de constitución y el régimen de funcionamiento de las JR.

Si la JR actúa conforme al sistema de compensación o resulta adjudicataria de la ejecución de las obras en función de una licitación pública convocada al efecto por la Administración actuante, actuará como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre los elementos comunes del edificio o complejo inmobiliario y las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de la junta, sin más limitaciones que las establecidas en sus estatutos.

Podrá otorgar escrituras públicas de modificación del régimen de propiedad horizontal, tanto en lo relativo a los elementos comunes como a las fincas de uso privativo, a fin de acomodar este régimen a los resultados de las obras de rehabilitación edificatoria, y de regeneración y renovación urbanas en cuya gestión participen o que directamente lleven a cabo.

Puede ser beneficiaria de subvenciones y otras ayudas, recibir avales de entidades públicas con la finalidad de obtener financiación para las obras o ser beneficiaria de la expropiación de partes de viviendas o locales situados en edificios de uso residencial, cuando sean indispensables para instalar servicios comunes establecidos en planes. También puede ser titular de derechos de ocupación de bienes de dominio público cuando sea indispensable para instalar servicios comunes o para la mejora del aislamiento término de los edificios, por resultar inviable, técnica o económicamente, otra solución y siempre que se respete la funcionalidad de la vía o espacio público afectado.

A las **Entidades colaboradoras en la ejecución de Planes y Proyectos de Interés General de Aragón** se refiere el Capítulo VII.

La ejecución de los PIGAs podrá realizarse directa o indirectamente conforme a lo establecido en la legislación urbanística, a elección de la Administración actuante, pudiendo delimitarse ámbitos de gestión directa y de gestión indirecta en un mismo plan o proyecto de interés general de Aragón.

Los propietarios que conjuntamente sean titulares de más del 50 % de la suma de la superficie y aprovechamientos urbanísticos del ámbito delimitado para PIGA, podrán solicitar de la Administración actuante la ejecución de la actuación por el sistema de compensación, si bien la Administración no estará vinculada por esta solicitud.

Si se actuara por el sistema de gestión directa por cooperación o de gestión indirecta por urbanizador, los propietarios afectados podrán constituir una asociación de cooperación o una agrupación de interés urbanístico, respectivamente, en los términos y con los efectos establecidos para cada tipo de entidad colaboradora.

En caso de optar la Administración por el sistema de compensación para la ejecución del plan o proyecto, los propietarios deberán constituir una junta de compensación, a cuyo régimen jurídico se aplican una serie de especialidades:

a) Quien haya sido reconocido como promotor por la Administración de la CA tiene derecho a formar parte de la junta de compensación.

b) El Municipio en cuyo término municipal se desarrolle, aun parcialmente, el plan o proyecto tiene derecho a designar un representante en los órganos de gobierno de la junta de compensación con voz, pero sin voto.

c) Posibilidad de que los estatutos establezcan la obligación de dar traslado a la Administración de las cuentas anuales.

La JC podrá ser beneficiaria de los derechos de tanteo y retracto reconocidos en el art. 39 LOTA.

También regula el reglamento la obligación de la JC de elaborar el proyecto de reparcelación para su aprobación por la CA; proyecto en el que se identificarán las parcelas en que se materialicen las cesiones de aprovechamiento lucrativo correspondientes a la Administración de la CA y al municipio o municipios.

Toda o parte de la cesión de aprovechamiento lucrativo podrá corresponder al consorcio de interés general o a la sociedad urbanística gestora del plan o proyecto de interés general de Aragón, si así se hubiera previsto en el convenio interadministrativo. Salvo pacto en contrario recogido expresamente en un convenio, el municipio no podrá disponer en forma alguna de los terrenos en los que se localice la cesión de aprovechamiento hasta que haya recibido las obras de urbanización y asumido la tutela de la entidad de conservación, en su caso.

La recepción de las obras de urbanización tiene varias especialidades:

a) Terminada la urbanización y recibidas las obras por la JC, serán puestas a disposición de la Administración actuante, a quien corresponde la recepción de las obras de urbanización para su posterior entrega al municipio,

salvo que en un convenio interadministrativo simultáneo o posterior al plan o proyecto de interés general de Aragón, se haya pactado la recepción directa por el municipio.

b) La recepción de las obras de urbanización por cualquier Administración pública inicia el cómputo del plazo de garantía establecido en la legislación urbanística.

c) Las cesiones de aprovechamiento urbanístico se materializarán mediante la puesta a disposición de la Administración de la CA de las fincas de resultado, salvo que se haya establecido su sustitución por metálico. La recepción por el municipio de la obra de urbanización comportará necesariamente que la Administración de la CA deberá entregar al municipio los terrenos objeto de cesión que le correspondan, salvo que hubiera tenido lugar en un momento anterior.

d) La recepción de la obra de urbanización por el municipio y la asunción en su caso de la tutela de la entidad urbanística de conservación, permitirá a este disponer del aprovechamiento lucrativo que le corresponda.

La recepción de la urbanización conlleva necesariamente la asunción de la tutela de la entidad de conservación, si hubiera lugar a su constitución.

Caso de constituir una entidad de conservación, sus estatutos podrán establecer las especialidades, que regula el propio reglamento.

Las **Juntas Provisionales** son aquellas entidades urbanísticas colaboradoras que tienen por objeto impulsar las tramitaciones necesarias para llevar a cabo el desarrollo urbanístico del ámbito de planeamiento o unidad de ejecución respectiva. El capítulo VIII del reglamente les atribuye las funciones siguientes:

a) Formular el planeamiento derivado e instar su tramitación.

b) Solicitar la modificación en la delimitación de una unidad de ejecución, o su supresión.

c) Instar el cambio de la modalidad de gestión a compensación.

d) Promover la constitución de una junta de compensación, con la formulación de la iniciativa de compensación.

e) Formular documentos técnicos convenientes para impulsar el desarrollo del ámbito, y

g) Cualesquiera otras actuaciones urbanísticas que resulten necesarias para el impulso del desarrollo urbanístico del ámbito correspondiente.

Pueden constituir una junta provisional los propietarios que representen más del 25 % de la suma de la superficie total y derechos aportados referidos a un sector de planeamiento derivado o unidad de ejecución. Sólo se admite

una única junta provisional en cada ámbito de planeamiento y será preferente la suscrita por propietarios que representen un porcentaje mayor de la suma de la superficie total y derechos aportados o, en su defecto, la que primero hubiera tenido entrada en el registro de la Administración actuante en expediente completo.

El reglamento regula la constitución, tramitación administrativa, disolución y reembolso de aquellos gastos que sirvan efectivamente para el desarrollo del planeamiento urbanístico del ámbito y la constitución definitiva de la JC, en cuyo caso se considerarán gastos de urbanización.

Por último, el Capítulo IX del reglamento regula el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, régimen al que debe adaptarse el registro existente en el plazo de 3 meses, y los anexos III y IV del reglamento incluyen modelos de bases de actuación y estatutos de Juntas de Compensación.

También afectan a la materia propia de urbanismo una serie de normas transversales dictadas a lo largo de 2018, como son, **Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón** o la **Ley 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón**.

En una interpretación conjunta de ambas normas, y en lo que al urbanismo afecta, se prevé la evaluación del impacto normativo sobre la identidad o expresión de género, incluyendo a los instrumentos de planeamiento, en tanto que son disposiciones de carácter general. En este caso, la ley exige la incorporación de un informe sobre impacto de género para garantizar la integración del principio de igualdad y no discriminación por razón de identidad de género o expresión de género.

Al mismo tiempo, las Administraciones Públicas integrarán transversalmente la perspectiva de género en las políticas y los planes en materia de vivienda y desarrollarán programas y actuaciones que tengan en consideración los diferentes grupos sociales, la diversidad de los modelos de familia y las distintas etapas del ciclo vital. Deben garantizar la formación con perspectiva de género y de ciudad inclusiva y conciliadora del personal técnico y político que se dedica a la planificación urbanística y en los ámbitos de vivienda, movilidad y medio ambiente.

Asimismo, otra normativa transversal, la **Ley 14/2018, de 8 de noviembre, de memoria democrática de Aragón**, modifica la Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural Aragonés, para introducir una nueva letra g) en el apdo. 2.B) del art. 12, que regula los bienes de interés cultural. A tal efecto, considera bien de interés cultural, con la protección que esto conlleva, el lugar de la memoria democrática de Aragón.

Para finalizar la parte relativa a la normativa autonómica, hay que mencionar a dos decretos relacionados con la materia de ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y ACTIVIDADES RECREATIVAS.

En primer lugar, conviene efectuar una somera referencia al **Decreto 14/2018, de 23 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de los establecimientos hoteleros y complejos turísticos balnearios en Aragón**.

Se divide en cuatro títulos, con un Anexo I que recoge el resumen de los requisitos mínimos exigibles para la obtención de las categorías.

El art. 4 del decreto faculta, por orden del Consejero competente en materia de turismo, la dispensa motivada de alguno de los requisitos mínimos recogidos en el Anexo I. Esta dispensa está prevista para «aquellos establecimientos hoteleros y complejos turísticos balnearios en los que las condiciones exigidas por la normativa no sean técnica o económicamente viables o compatibles con las características del establecimiento o el grado de protección del edificio, y precisen de medidas económica o técnicamente desproporcionadas». Es necesarios justificar la posible incompatibilidad y, en su caso, compensarse con medidas alternativas que permitan la mayor adecuación posible a la normativa. En todo caso, las condiciones de seguridad, accesibilidad y calidad cumplirán con el mayor grado de adecuación efectiva global a la normativa de aplicación.

Respecto de los establecimientos hoteleros, el decreto exige el cumplimiento de las normas sobre seguridad de utilización y accesibilidad en los edificios de uso residencial público, en los términos previstos en el CTE (DB-SUA), y en el Decreto 19/1999, de 9 de febrero, por el que se regula la Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas, de Transportes y de la Comunicación, o normativa que los sustituya. Asimismo deben cumplir la normativa en materia de habitabilidad recogida en la Orden de 29-02-1944, por la que se determinan las condiciones higiénicas mínimas que han de reunir las viviendas.

También hay que hacer referencia al **Decreto 143/2018, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la celebración de los espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter ocasional y extraordinario y se establecen medidas para la mejora de la convivencia en la celebración de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas**; el tercero regulador de esta materia en cuatro años.

Coincidiendo con lo manifestado en la exposición de motivos, este decreto está dotado de mayor claridad, su redacción tiene una estructura más acorde con el procedimiento administrativo común y, en definitiva, se garantiza la seguridad jurídica en la aplicación de la norma, en beneficio del interés general. El conte-

nido del articulado no sufre una modificación total, sino que mantiene la esencia de la regulación anterior. Las modificaciones más destacables son las siguientes:

a) Modifica el art. 2.2 del Decreto 220/2006, de 7 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la CA de Aragón para introducir la definición de espectáculos públicos y actividades recreativas habituales, junto con las ocasionales y extraordinarias.

En esta misma línea, el art. 2 del Decreto distingue entre espectáculos públicos y actividades recreativas habituales (aquellos que, debidamente autorizados, se celebran o desarrollan de forma habitual en establecimientos permanentes), ocasionales (los que, debidamente autorizados, se desarrollan en espacios abiertos al público, utilizando instalaciones eventuales, portátiles o desmontables durante un tiempo determinado) y extraordinarios (los que, debidamente autorizados, sean distintos a los que se desarrollen habitualmente en los establecimientos públicos y no figuren expresamente autorizados en la correspondiente licencia de funcionamiento, comporten o no el montaje de instalaciones eventuales, portátiles o desmontables).

b) También diferencia los espectáculos públicos y actividades recreativas en función del lugar de desarrollo, esto es, en establecimientos públicos o en espacios abiertos. El decreto entiende por establecimientos públicos los locales, recintos o instalaciones permanentes, abiertas al público, en los que se celebren o practiquen espectáculos públicos o actividades recreativas de pública concurrencia. Considera espacios abiertos los lugares de dominio público o de propiedad privada, incluida la vía pública, donde ocasionalmente se celebren espectáculos públicos o actividades recreativas, sin disponer de instalaciones permanentes para hacerlo.

A su vez, los espacios abiertos pueden ser acotados o delimitados y abiertos al libre tránsito de personas.

c) Las instalaciones eventuales, portátiles o desmontables, son las estructuras muebles, provisionales o eventuales, cuyo conjunto se encuentre conformado por elementos desmontables o portátiles constituidos por módulos o elementos metálicos, de madera o de cualquier otro material que permitan operaciones de montaje y desmontaje, sin necesidad de construir o demoler obra de fábrica alguna y estén debidamente autorizados, conforme exige el art. 10 de la Ley 11/2005.

d) Aunque organizadas de manera diferente, se mantiene la regulación anterior respecto al procedimiento de tramitación de las autorizaciones res-

pectivas, requisitos para esta autorización y comunicación al Centro de Emergencias.

e) También prevé medidas de protección de colectivos vulnerables, como la regulación de protección de menores y discapacitados. En lo que a las medidas de protección de la seguridad y la salud se refiere, la única novedad es el cómputo para la previsión de equipamientos sanitarios

f) Introduce modificaciones en la tipificación de algunas infracciones, complementando las previstas en la Ley 11/2005. Así, por ejemplo, constituye infracción grave, tipificada en el art. 48.l) Ley 11/2005, la total o parcial falta del personal de servicio de admisión del establecimiento o espacio abierto acotado o delimitado y del personal del servicio de vigilancia cuando tenga la obligación de disponer de dicho personal; el ejercicio de las funciones de personal de servicio de admisión sin disponer de la correspondiente habilitación otorgada por la administración autonómica y la realización por el personal del servicio de admisión de funciones que no son de su competencia. Igualmente, constituye infracción grave, tipificada en el art. 48.f) de la Ley 11/2005, la falta de los sistemas de control de acceso y de aforo y cámaras de vídeo-vigilancia y su funcionamiento defectuoso o falta de funcionamiento. También resulta falta leve, tipificada por el art. 47.g) de la Ley 11/2005, el incumplimiento de las prescripciones generales y particulares fijadas en la autorización no tipificadas como infracciones muy graves o graves.

g) La D.A. 3ª faculta a los ayuntamientos a fijar en sus ordenanzas municipales, prohibiciones, limitaciones o restricciones de autorizaciones para la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas ocasionales y extraordinarias, siempre dentro de las limitaciones establecidas en la Ley 11/2005.

II. **JURISPRUDENCIA**

En cuanto a la jurisprudencia del TRIBUNAL SUPREMO, la **Sentencia 1479/2018, de 8 de octubre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo** (**Sección Quinta**) –*La Ley* 154732/2018– estimó un recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Aragón, que, a su vez, desestimó un recurso de apelación y confirmó las actuaciones municipales de exigencia de licencia de actividad para el ejercicio de la actividad de tanatorio.

El asunto se suscitó a propósito de una resolución municipal por la que se procedió a la disconformidad con una comunicación previa de apertura para el

ejercicio de la actividad de pompas fúnebres en un establecimiento de Zaragoza. El motivo de la disconformidad obedecía a la exigencia de licencia de actividad clasificada para el ejercicio de la actividad de pompas fúnebres.

El recurrente consideraba que dicha actividad se encontraba entre las que la Ley 12/21012, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, excluía de la obtención de licencia; al amparo de lo dispuesto en los arts. 71.bis.2 de la Ley 30/1992 y art. 71.3.c) de la Ley 7/2006, de Protección Ambiental de Aragón, que también la trataba como actividad excluida del sometimiento a licencia ambiental. El recurrente entendió que cuando la actividad de pompas fúnebres se incluye en el Anexo de la Ley 12/2012 lo hace a todos los efectos, sin discriminar actividades de velatorio u otras relacionadas con la actividad principal.

Frente a esta argumentación, tanto el JCA núm. 1 de Zaragoza como el TSJA, en sendas sentencias, consideraron que «dentro de la denominación de servicios de pompas fúnebres se incluyen variedad de servicios, algunos de naturaleza esencialmente administrativa, otros comercial y otros de difícil catalogación. Así pueden se actividades como tanatorio, velatorio, tanatopraxis o preparación y embalsamamiento de cadáveres, [...] y otras complejas actividades que rodean lo relativo a la despedida de nuestros difuntos», al tiempo que reconocieron que la actora no se limitaba exclusivamente al desarrollo de actividades de naturaleza comercial o administrativa, sino que «señala abiertamente que en el mismo se desarrolla también lo que es propio de un velatorio», siendo esta parte de la actividad la que planteó los problemas.

Tanto el JCA como el TSJA concluyeron la necesidad de que el velatorio se sometiera a la licencia ambiental de actividad clasificada prevista en la Ley 7/2006 de protección ambiental de Aragón, al tratarse de una actividad molesta e insalubre por riesgo de enfermedades infecto contagiosas, vibraciones y ruido, requiriendo autorización municipal previa para su ejercicio, sin que fuera suficiente el régimen de comunicación previa aducido por el demandante.

El TS, en el fundamento segundo de la sentencia, recuerda que la inexigibilidad de licencia, prevista en el art. 3 de la Ley 12/2012 para el inicio y desarrollo de las actividades comerciales y servicios contemplados en el art. 2 del mismo texto legal, «se contrae, por así ordenarlo el indicado art. 2, única y exclusivamente a actividades comerciales minoristas y para la prestación de determinados servicios previstos en el anexo de la ley, realizados a través de establecimientos permanentes, situados en cualquier parte del territorio nacional, y cuya superficie de exposición y venta al público no sea superior a 750 metros cuadrados».

«Con respecto a esas actividades y servicios las administraciones públicas o las entidades del sector público no pueden exigir licencia, siendo suficiente

y necesaria la comunicación previa a la administración competente a los solos efectos informativos».

Analiza el término «servicios de pompas fúnebres» recogido en el anexo de la Ley 12/12 (agrupación 97 servicios personales, epígrafe 979.1), reconoce que la comunicación previa no se limita a una actividad comercial o administrativa, sino que incluye las propias de tanatorios y velatorios; actividades estas que no están excluidas de licencia ambiental en el anexo VII de la Ley autonómica 7/2006, «ley cuyos objetivos o finalidades, añadimos nosotros, previstas en el art. 3, parecen resultar incompatibles con la falta de control previo que supone la inexigibilidad de licencia en los términos del art. 3 de la Ley estatal 12/2012. Pero es de advertir así mismo que tampoco esas actividades propias de los tanatorios y de los velatorios se incluyen, al menos expresamente, en los anexos II, III y VI de la citada ley autonómica».

Reconoce el TS que la enumeración del anexo del RAMINP es enunciativa y abierta «de modo que ha de entenderse incluida en él cualquiera concreta actividad que esté integrada en las definiciones del art. 3 de la indicada norma reglamentaria, y que, como se dice en la sentencia recurrida, la actividad de tanatorio fue calificada como insalubre por riesgo de enfermedades por la Comisión Técnica de Calificación de Zaragoza». Añade que el régimen de inexigibilidad de licencia de la Ley 12/12 puede ofrecer dudas de aplicación dado que esas actividades han sido calificadas como insalubres o molestas, lo que requiere una especial cautela en su autorización. No obstante, pese a afirmar la sensibilidad de la que participa el RAMINP, asevera que la Ley 12/2012 «al contemplar la actividad de pompas fúnebres como no sometida a la necesidad de licencia previa, sin distinción de los diferentes servicios que abarca, impide considerar, como con error se realiza en la sentencia recurrida, que los servicios de pompa fúnebres previstos en la ley son los administrativos y comerciales con exclusión de los demás, consideración la de instancia no justificada por la previsión legal de que el establecimiento tenga una superficie útil de exposición y venta al público no superior a 750 m^2, en cuanto ni un establecimiento de pompas fúnebres tiene por finalidad, al menos exclusiva, la exposición y venta, ni cabe inferir que la limitación supone la imposibilidad de la actividad de velatorio y tanatorio».

Puntualiza que dicha Ley estatal es básica y afirma la doctrina esencial del siguiente tenor: «[...] la exigencia de comunicación previa para la iniciación de una actividad de servicio de pompas fúnebres no solo comprende la realización de actividades administrativas o comerciales correspondientes a dicho servicio sino que incluye también la apertura de instalaciones con destino a velatorio-tanatorio, respuesta que para resolver realmente el debate supone, en consideración a lo razonado, que una instalación de pompas fúnebres que incluya los

servicios de velatorio-tanatorio se rige por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, no siendo por ello necesario para su inicio y desarrollo la obtención de licencia previa, salvo que la superficie útil de la instalación supere los límites superficiales previstos en su artículo 2».

Respecto a las sentencias del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, la **Sentencia 100/2018, de 2 de marzo, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón** (Roj: STSJ AR 259/2018), desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del JCA núm. 1 de Huesca, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra una orden de demolición de un bien declarado en ruina.

La sentencia de instancia desestimó el recurso interpuesto contra un acuerdo de requerimiento de demolición de unas naves, al entender el JCA que el acto administrativo no era sino consecuencia y ejecución de una sentencia, ya firme, del mismo Juzgado de 6 de mayo de 2014, recaída en autos de P.O. núm. 215/2013, entre las mismas partes, frente al Decreto de Alcaldía que declaraba en situación de ruina urbanística las mismas naves, correspondiendo a la propiedad la elección de la completa rehabilitación o demolición de las mismas.

La sentencia impuso la demolición de las naves, como única consecuencia de la declaración de ruina, debiendo correr a cargo de la propiedad, con fundamento en los deberes dominicales de ordinarios de conservación, porque entendía que no se trataba de un derribo enmarcado en la actividad urbanizadora y, por tanto, no correspondía a la JC.

Frente a la opinión de los apelantes, que consideran responsable del derribo a la JC, en tanto que fiduciaria de los bienes que integran la unidad de ejecución, y titular de la completa disponibilidad sobre los mismos, el TSJA y el Ayuntamiento de Huesca reiteran que el objeto de la impugnación es un acto administrativo consecuencia de un acto previo que fue recurrido en vía jurisdiccional, confirmado, deviniendo firme la sentencia de instancia. Con independencia del motivo de la apertura de expediente disciplinario, lo cierto es que la demolición se acordó como consecuencia de la previa declaración de ruina, siendo responsable el titular dominical, de manera que «con independencia de las relaciones entre la JC y quienes la integran en tanto que propietarios afectados por el proceso de urbanización que aquella gestiona, la relación de disciplina urbanística vincula al Ayuntamiento, en tanto que garante de la seguridad frente a terceros, de las edificaciones, con quienes son propietarios de las mismas, y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 258.6.b) de la LUA, en relación con los arts. 251 y 35 del mismo texto legal. [...] El deber de conservación de un edificio es asumido, frente a terceros, por su propietario y en tal sentido debe ser exigido

por la Administración, al margen de las relaciones que por referencia al bien en cuestión, se entablen o existan por razón del proceso de transformación urbanística, entre el propietario del bien y la JC».

Por otro lado, la **Sentencia 107/2018, de 7 de marzo, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón** (Roj: STSJ AR 295/2018) estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo de aprobación definitiva de la ordenanza general reguladora del procedimiento para el reparto de costes de urbanización en el municipio de Teruel.

Los recurrentes sostienen que la ordenanza se funda en una previsión de la Ley 6/1994, valenciana, reguladora de la actividad urbanística en aquella CA, y que en nuestro ordenamiento autonómico no existe precepto legal alguno que ampare la Ordenanza aprobada, sin que pueda servir de reserva legal de la misma, por su vaguedad e imprecisión, los arts. 16.1.c) del TRLS y 69 del TRLUA.

El TSJ, después de considerar irrelevantes los hechos de que la ordenanza afecte o no a los recurrentes y que haya sido utilizado el modelo de Ordenanza publicado por el Gobierno de Aragón, manifiesta que se trata de determinar si la ordenanza impugnada cuenta o no con la necesaria cobertura legal.

Analiza el hecho de que las cuotas de urbanización son ingresos públicos, prestaciones patrimoniales de naturaleza no tributaria, de exigencia coactiva y distinta de las contribuciones especiales; y responden al cumplimiento del principio de distribución equitativa de beneficios y cargas propio de la legislación urbanística, de tal manera que «no es posible confundir las cuotas de urbanización, que son ingresos urbanísticos sujetos al módulo de reparto y obedientes al fundamental principio de distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con las procedentes por razón del beneficio especial combinado con el general que constituyen la razón de ser de cualquier exacción por el concepto de contribuciones especiales».

El TSJA reconoce que la regulación del procedimiento para el reparto de costes de urbanización coincide básicamente con el art. 80 de la Ley valenciana que regulaba el «canon de urbanización». El TSJA considera insuficiente la cobertura legal fundada en los arts. 16.1.c) TRLS 2008 (el deber de costear y ejecutar las obras de urbanización en el caso de actuaciones de urbanización) y 69 TRLUA 2014 (ordenanzas de edificación y urbanización) y los artículos de la legislación de régimen local que atribuyen a los entes locales el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque ninguno de ellos habilita para la aprobación de la ordenanza. El art. 69 TRLUA posibilita a los municipios a regular, mediante «ordenanzas de edificación y urbanización», las materias que se especifican, pero en modo alguno la regulación del procedimiento en cuestión; sin que tenga encaje

en el apdo. c) de dicho precepto, porque no se comprende qué relación tiene la posibilidad de regular las características de suficiencia de los servicios urbanísticos básicos que deben dotarse para la transformación de los suelos, con el procedimiento que pretende regular la Ordenanza impugnada. Tampoco tiene encaje legal en el art. 8 de la Ley 8/2013 (actual art. 17.5 del TRLS 2015) al determinar los sujetos a los que corresponde la realización de las obras comprendidas en las actuaciones sobre el medio urbano. Concluye diciendo que «el ejercicio de tal competencia propia en materia de urbanismo lo ha de ser en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, y en la Ordenanza impugnada se prevé un procedimiento para el reparto de costes de urbanización de las infraestructuras e instalaciones complementarias, [...], que, [...], no tiene amparo en nuestra legislación urbanística, y que se aparta de las previsiones en esta contenidas para la liquidación y exacción de los costes de urbanización, en función de las actuaciones urbanísticas, aisladas o integradas –en atención a la clase de suelo afectado– que puedan llevarse a cabo [...]».

En la **Sentencia 297/2018, de 6 de junio, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón** (Roj: STRJ AR 772/2018), se estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del JCA núm. 1 de Huesca, que inadmitió recurso contencioso-administrativo en un supuesto de devolución de avales por obras de urbanización, al entender que existía cosa juzgada.

El TSJ de Aragón considera inaplicable la excepción de cosa juzgada, estima el recurso de apelación y entra a conocer del fondo del asunto, llegando a la desestimación del recurso contencioso-administrativo basándose en dos argumentos: la imprescriptibilidad del derecho a requerir la realización de obras y ejecutar los avales y la no finalización de las obras de urbanización. Sobre el primer asunto, el TSJ mantiene que los avales presentados en garantía de las obras de urbanización no son ingresos públicos, por lo que no resulta aplicable el plazo de 5 años de prescripción previsto en la LGP. El aval presentado en garantía de las obras de urbanización responde hasta una cuantía determinada frente a la Administración por el cumplimiento de la obligación asumida. Esto no significa que con el importe del aval la empresa urbanizadora quede liberada de sus obligaciones respecto a la ejecución de la urbanización. Esa obligación permite al Ayuntamiento, en caso de incumplimiento, ejecutar subsidiariamente la totalidad de la urbanización, no sólo la parte que cubra lo avalado. Estas garantías son obligaciones de derecho público a las que se aplica el plazo general previsto en el art. 1964 del Código Civil de 15 años. En el caso concreto, al no haber transcurrido el plazo, no puede tenerse por prescrita la acción municipal para ejecutar los avales. Además, en la prueba practicada no se acreditó que hubieran finalizado la totalidad de las obras de urbanización, situación que daría derecho a la devolución de los avales.

La **Sentencia 424/2018, de 26 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón** (LA LEY 169571/2018), desestima el recurso de apelación interpuesto por una Asociación de afectados por las obras del tranvía de Zaragoza y confirma las actuaciones municipales en todos sus extremos.

Desestimado el recurso contencioso administrativo, la asociación interpone recurso de apelación fundado en tres pretensiones: la legitimación en el terreno de la denuncia de infracción de la normativa de contratos públicos; la acción pública urbanística respecto a si la implantación del tranvía exigía o no revisión o modificación del PGOU y la infracción de la normativa medioambiental que se predica de la actuación seguida por la Administración.

Respecto de la primera de las alegaciones, en orden a dilucidar si la asociación tenía o no interés legítimo en el recurso en lo que a la contratación pública se refiere, el TSJA dice que «la cuestión se reduce a la verificación en el caso concreto de un interés diferente al de mera defensa de la legalidad que es el que, de manera evidente, aparece detrás de las motivaciones de la asociación litigante para actuar». Reconoce que, a diferencia del ámbito urbanístico, en el contractual no existe acción pública. Para tener legitimación procesal activa debe haber una relación directa entre los fines estatutarios de la asociación y el motivo que fundamenta la impugnación. En el examen de esos estatutos no se percibe un concreto interés legitimador de la impugnación que en el terreno contractual efectúa, más allá de la mera defensa de la legalidad, insuficiente, habida cuenta la inexistencia de acción pública; porque no se identifica el interés de los afectados, que tiene que estar relacionado con la traza del tranvía. Por ello, el TSJA niega legitimación en materia de contratación pública a la asociación recurrente.

Respecto de la acción pública en materia de urbanismo, tampoco se identifica un concreto acto administrativo o disposición general que haya sido objeto de recurso, porque la memoria del PGOU ya contempla la contingencia de la implantación del servicio público de tranvía, sin necesidad de precisar revisión o modificación del Plan. Excluye la necesidad de revisión del PGOU porque «la implantación del tranvía no era incompatible con el modelo urbanístico que diseña el Plan y, como expresión de compatibilidad, las referencias en la memoria a nuevas necesidades de transporte urbano metropolitano y la exigencia de tener en cuenta tales ideas a la hora de diseñar urbanísticamente la ciudad. [...] pretende hacer pasar por alteración sustancial de la estructura general o del modelo urbanístico que el plan establece, a partir de la traza del tranvía y del evidente, ciertamente, impacto que la implantación del tranvía, conforme se ha hecho, tiene en el sistema de comunicación y transporte de la ciudad».

Respecto a la evaluación de impacto ambiental, el argumento de la recurrente de que de haber acometido la revisión del PGOU hubiera sido necesaria evaluación ambiental estratégica, el TSJ añade que el art. 3 de la Ley ambiental de Aragón de 2006 exigía evaluación de impacto ambiental para los proyectos, no para los planes. El TSJA dice que tampoco puede prosperar esta motivación «habida cuenta que el proyecto de obras por el que se aprueba la ejecución de las obras de implantación del tranvía, es instrumento, precisamente, de desarrollo o ejecución de los potenciales planes y programas a los que puede estar refiriéndose el art. 3.2.a) de la Ley 9/2006, pues habrá planes y programas que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos. Puede referirse, ciertamente, a una revisión del Plan General, o a un Plan de Movilidad y Transporte, pero desde luego no a un proyecto que es simple ejecución de lo previamente dispuesto y ordenado, precisamente, en un plan o programa. Tampoco podremos acoger las alegaciones que ahora fundamentan su pretensión en este terreno». Finalmente, también desestima la pretensión de necesidad de licencia urbanística. Por todo ello, confirma las actuaciones municipales y desestima el recurso de apelación.

Finalmente, en relación con sentencias de los JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS, la **Sentencia 17/2018, de 1 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso núm. 5 de los de Zaragoza**, estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo municipal de imposición de multa por infracción urbanística grave en suelo no urbanizable de especial protección. El acto administrativo impugnado consistía en la imposición de multa de 12.000€ por la realización de una estructura metálica en una instalación de ganado existente, en suelo no urbanizable de protección de la huerta honda, incumpliendo los arts. 6.1.4 y 6.3.19 de las normas urbanísticas del PGOU, sobre parcela mínima y usos en esa clase de suelo, sin contar con el título habilitante correspondiente. El JCA concluye que la administración sanciona primero por la ejecución de edificaciones en parcelas cuya superficie es inferior a la mínima edificable y, con ocasión del recurso de reposición, sustituye la infracción por otra, la ejecución de obras de consolidación en edificaciones calificadas como fuera de ordenación o en edificaciones ilegales. Entiende que con el fin de corregir el marco jurídico aplicable (que no era la LUA 2014, sino la LUA 2009), altera en parte la infracción imputada y, aunque la consideración de grave y la horquilla de la sanción a imponer no se alteren, sí modifica la tipificación de la infracción, razón por la cual estima el recurso sin entrar a valorar cualesquiera otros aspectos alegados.

La **Sentencia 34/2018, de 13 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso núm. 3 de los de Zaragoza**, estima un recurso contencioso administrativo interpuesto

contra el acuerdo municipal de declaración de caducidad de un procedimiento de consulta urbanística para el desarrollo de un suelo urbanizable no delimitado, en aplicación del art. 92 de la Ley 30/1992, sobre caducidad del procedimiento por paralización por causa imputable al interesado. En este caso, la tramitación sufrió determinados avatares fundamentalmente por la discusión de si eran o no exigibles los estándares de vivienda protegida previstos en la LUA de 2009, dado que habían sido modificados por el Plan aragonés de fomento de alquiler de vivienda, rehabilitación edificatoria y regeneración y renovación urbanas. El JCA no tiene en cuenta que la consulta no es vinculante y que, además, es un instrumento opcional, cuyo requisito previo es justificar y acreditar un interés público concurrente en la promoción, que faculte para el desarrollo del suelo urbanizable no delimitado sin que previamente hay sido desarrollado el suelo urbanizable delimitado. Entiende que la consulta urbanística, aunque es independiente de la solicitud de licencia urbanística, tiene por finalidad preparar la obtención de esta, calificándola de acto preparatorio de la licencia; todo ello, sin tener en cuenta que, con posterioridad a la aprobación de la consulta urbanística, debe proceder la aprobación del instrumento de planeamiento preciso y el proceso de gestión y urbanización correspondiente. Confunde esta consulta urbanística con la cédula urbanística, que tienen objetos distintos. El JCA, en lugar de analizar la doctrina jurisprudencial acerca de la caducidad del procedimiento, trae a colación la relativa a la caducidad de las licencias y concluye que no existe inequívoca voluntad del solicitante de abandonar el expediente de consulta que inició y, por lo tanto, tampoco existen razones para declarar la caducidad del procedimiento.

En la **Sentencia 142/2018, de 28 de junio, del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de los de Zaragoza**, se examina un acuerdo municipal de revocación de una licencia para el ejercicio de la actividad de bar, que anula por considerar no ajustado a derecho.

El JCA aplica el art. 19.2 de la Ley 11/2005 de espectáculos públicos de Aragón que, después de establecer el criterio general de que «la licencia de funcionamiento sólo será efectiva en las condiciones y para las actividades que expresamente se determinen en la misma», dispone que «el incumplimiento de los requisitos o condiciones en virtud de los cuales se concedió la licencia, en especial, en lo relativo a inspecciones o comprobaciones periódicas o a la falta de adaptación a las medidas y condiciones introducidas por normas posteriores que prevean dicha adaptación, en los plazos que en las mismas se establezcan, una vez requeridos los titulares, determinará la inmediata revocación de la licencia, previa tramitación de procedimiento con audiencia del interesado». Entiende que este artículo debe interpretarse conjuntamente con el art. 6 de la mis-

ma norma, sobre las «condiciones técnicas» que obligatoriamente deben reunir los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos; condiciones técnicas «de seguridad, salubridad e higiene para evitar molestias al público asistente y a terceros y, en especial, cumplir con aquellas que establecen la legislación de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y la legislación del ruido». El art. 6.2 incluye necesariamente la seguridad para el público asistente, trabajadores, ejecutantes y bienes, la solidez de las estructuras y de funcionamiento de las instalaciones, la garantía de las instalaciones eléctricas, la prevención y protección de incendios y otros riesgos inherentes a la actividad, la salubridad, higiene y acústica, la protección del medio ambiente urbano y natural, la accesibilidad y disfrute para personas discapacitadas y el plan de autoprotección y emergencias.

El art. 19.2 de la Ley 11/05 debe interpretarse de tal manera que sólo es posible la revocación de una licencia cuando los requisitos y condiciones de la instalación o emplazamiento supongan un incumplimiento de los niveles de seguridad, salubridad e higiene; resultando forzada la aplicación de este artículo cuando se trata de un ejercicio ilícito de la actividad, como es el funcionamiento fuera del horario autorizado. Por esta razón, como no consta acreditación de continuas molestias a los vecinos generadas por la inobservancia de las prescripciones de la licencia ni constan denuncias de los vecinos por ruidos, sino solamente se constatan incumplimientos de horario de cierre y exceso de aforo, anula la resolución por entender que no cualquier incumplimiento de las condiciones de una licencia es susceptible de posibilitar la revocación de la misma.

Finalmente, la **Sentencia 164/2018, de 4 de julio, del Juzgado de lo Contencioso núm. 3 de los de Zaragoza**, estima un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una imposición de multa por la comisión de una infracción urbanística grave, por incorrecta ampliación de los plazos del procedimiento sancionador.

Independientemente del fondo del asunto, lo que se cuestiona es la ampliación genérica de plazo para resolver que contenía la resolución de incoación del procedimiento sancionador, invocando el art. 9.1 del Decreto 28/2001 y el art. 42.6 de la Ley 30/1992. El Juez concluye que en el supuesto de autos no concurre ningún requisito de los previstos en el art. 42.6 de la Ley 30/1992 ni tampoco se motiva su concurrencia, sino que se procede a la modificación de la regla del plazo aplicable en el procedimiento sobre la base de unas consideraciones generales que se aprecian en todo tipo de procedimientos, sin que se den razones excepcionales ni situaciones especiales o concretas. Entiende que el Ayuntamiento de Zaragoza utiliza la ampliación del plazo como una «cláusula de estilo», razón por la que se anula la resolución municipal.

Contratación local[1]

Jesús Colás Tenas

Este informe refiere las novedades a lo largo del año 2018, en cuanto atañe a la contratación del sector público, y de modo especial en Aragón.

I. LEGISLACIÓN

1. Legislación del Estado

En el *BOE* del 24 de mayo de 2018, se publicó una corrección de errores de la LCSP 2017 (*BOE* 24 de mayo de 2018), que cabe calificar de sorprendente en la medida que encubre una auténtica modificación de la ley. En concreto se corrige:

1 Abreviaturas, siglas y acrónimos; *BOA*: *Boletín Oficial de Aragón*; *BOE*: *Boletín Oficial del Estado*; CC: Código Civil; CE: Constitución Española de 1978; CP: Código Penas; 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 octubre, de Contratos del Sector Público; LCSP 2017: Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014; LDE: Ley 2/2015, de desindexación de la economía española; LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; LPAP: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; LMCSP: Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medias en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón; 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; PPT: Pliego

Advertidos errores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 272, de 9 de noviembre de 2017, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones:

En la página 107979, apartado 3 de la disposición final primera, en el segundo párrafo, donde dice:

«No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos: letra a) del apartado 1 del artículo 21; letra a) del apartado 1 del artículo 22; artículo 30; la letra c) del apartado 5 del artículo 32; artículo 45 y 46.1 a 46.3; artículo 69.3; artículo 71.1.f); artículo 76; artículo 83; artículo 95; artículo 104; artículo 105; párrafo segundo del apartado 1 del artículo 107; segundo párrafo del apartado 3 y apartado 5 del artículo 116; artículo 118.2; letras a) y c) del apartado 2 del artículo 119; letra b) del artículo 120.1; apartado 1 del artículo 121; apartados 5, 6 y 7 del artículo 122; artículo 123 y 124; cuarto párrafo del apartado 4 del artículo 149; artículo 153; apartado 2 del artículo 154; artículo 191.2; artículo 192.2 y 3; artículo 193.2 a 5; artículo 194; apartados 2 y 5 del artículo 212; apartado 8 del artículo 215; artículo 228; apartados 1, 2, 5, el párrafo segundo del apartado 6, y apartados 7 y 8 del artículo 229; artículo 230; apartados 1.e) y 4 del artículo 232; [...]»

Debe decir:

«No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos: letra a) del apartado 1 del artículo 21; letra a) del apartado 1 del artículo 22; artículo 30; la letra c) del apartado 6 del artículo 32; artículo 45 y 46.1 a 46.3; artí-

de Prescripciones Técnicas; REMC: Recurso especial en materia de contratación; 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; TJUE: Tribunal de Justicia Unión Europea; UTE: Unión Temporal de Empresas.

culo 69.3; artículo 71.1.f); artículo 76; artículo 83; artículo 95; artículo 104; artículo 105; párrafo segundo del apartado 1 del artículo 107; segundo párrafo del apartado 3 y apartado 5 del artículo 116; artículo 118.2; letras a) y c) del apartado 2 del artículo 119; letra b) del artículo 120.1; apartado 1 del artículo 121; apartados 5, 6 y 7 del artículo 122; artículo 123 y 124; cuarto párrafo del apartado 4 del artículo 149; artículo 153; apartado 2 del artículo 154; artículo 191.2; artículo 192.2 y 3; artículo 193.2 a 5; artículo 194; apartados 2 y 5 del artículo 212; apartado 8 del artículo 215; artículo 228; apartados 1, 2, 5, el párrafo segundo del apartado 6, y apartados 7 y 8 del artículo 229; artículo 230; apartados 1.e) y 4 del artículo 233; [...]».

De manera que pierden el carácter básico la letra c) del apdo. 6 del art. 32 (autorización por el Consejo de Ministros de los encargos a medio propio personificado) y el apdo. 4 del art. 233 (responsabilidad compartida en la elaboración de proyectos), mientras que la recupera el apdo. 4 del art. 232 (calificación de obras necesarias y de grandes reparaciones). Así pues que lo que es «básico» pasa a ser «no básico» y viceversa con una simple corrección de erratas.

Por su parte la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (*BOE*, 161, de 4 de julio de 2018), en su Disposición final cuadragésima cuarta de la LPGE, modificó el art. 32.7 (*Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados*), e introdujo una nueva disposición adicional quincuagésima cuarta relativa en la LCSP 2017 al régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación. En concreto:

a) Se modifica el art. 32.7 (en negrita el nuevo texto)

A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:

a) El contrato quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley.

b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. **No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.**

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que

la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información.

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con este.

b) Se introduce una nueva disposición adicional:

Disposición adicional quincuagésima cuarta. Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50 000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los Organismos Públicos de Investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud.

Esta nueva disposición adicional se ha considerado, en la opinión mayoritaria, una involución en el régimen jurídico del contrato menor, y supone una excepción a dicho régimen jurídico.

2. Legislación de Aragón

En Aragón, se aprueba el Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía. De artículo único, sobre modificación de la Ley

3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón; por el que se añade un segundo párrafo al apdo. 2 del art. 4, que queda redactado del siguiente modo:

> 2. [...]. La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante la ejecución del mismo. Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante.

Este Decreto Ley daría lugar al «Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en relación con el Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía»[2], que con la finalidad de subsanar las deficiencias y problemas que presenta la actual redacción del art. 118 LCSP del contrato menor, el Estado se compromete a iniciar la tramitación de su modificación en línea con la doctrina sentada sobre el citado precepto por la JCCA. Y, entre tanto, ambas partes consideran que el penúltimo inciso del art. 4.2 de la Ley 3/2011, referente a que «los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento», ha de interpretarse de conformidad con lo dispuesto en la legislación básica estatal en materia de contratación pública y, en especial, de acuerdo con el art. 99.2 de la Ley 9/2017, de manera que la publicación de un anuncio de licitación de un contrato menor no obsta para la aplicación de la prohibición de fraccionar el objeto del contrato con la finalidad fraudulenta de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Es decir, que la referencia del art. 118.3 de la LCSP: «y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo», no se aplica en Aragón en tales supuestos.

2 Publicado mediante Resolución de 21 de diciembre de 2018, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, del Ministerio de Política Territorial y Función Pública en el *BOE* de 22 de enero de 2019.

Y con anterioridad, fue aprobada la ORDEN HAP/188/2018, de 1 de febrero, por la que se regula la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón y la publicación de los datos e informaciones referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación del sector público de Aragón a través de Internet (*BOA,* 14 de febrero de 2018).

II. JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Superior de Justicia De Aragón[3]

A. Procedencia de la resolución del contrato de obra por parte del ayuntamiento. No se vulnera principio de confianza legítima pues el Ayuntamiento no realizó actos u omisiones que pudieran fundar la conformidad con la modificación del proyecto. Sentencia 18/2018, de 17 de enero

En este recurso de apelación, se suscita de forma principal que el Ayuntamiento tenía conocimiento de la decisión de la contrata de modificar el proyecto por lo que resolver el mismo en base a la no conformidad con el cambio del proyecto es contrario al principio de confianza legítima. Siguiendo la Sentencia entre otras del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2012 (RJ 2012/4542) diremos que: «procede recordar que el invocado principio de confianza legítima, que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-administrativo de Berlín), constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92 art. 3.1.2). Así, la STS de 10-5-99 (RJ 1999, 3979), recuerda «la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones». Pues bien en este caso no puede existir vulneración del tal principio, pues en ningún momento

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

el Ayuntamiento realizó actos u omisiones que pudieran fundar la conformidad con la modificación del proyecto. Y decimos esto porque el modificado se denegó hasta en siete ocasiones, sin que por parte de la contrata se recurriera ninguna de estas decisiones. Pero es que además ya hemos indicado que para aprobar estos modificados es preciso haya una causa razonable e imprevista en la que fundar los mismos y este Tribunal considera que no existe causa, ni imprevisión como exige la norma, que fundamentase ninguna de las modificaciones previstas.

B. **Resolución contractual, incautación de garantía, caducidad del procedimiento. Sentencia 120/2018, de 7 de marzo**

La sentencia considera prescrito el derecho del Ayuntamiento a la incautación de la garantía, ya que al ser un ingreso de derecho público le sería de aplicación el plazo de cuatro años, para la cobranza de los ingresos de dicha naturaleza, establecido art. 2.2 del RDL 2/2004. El plazo comenzaría a contarse cuando el Ayuntamiento pudo hacer efectivo su derecho a la incautación de la garantía, momento en que se incoa el primer procedimiento de resolución contractual, por lo que notificado este acto el 4 de agosto de 2009, el plazo de cuatro años habría transcurrido al iniciarse el procedimiento que pone fin a la resolución impugnada. El contrato fue suscrito el 7 de agosto de 2007, y el 17 de julio de 2009 se incoa por el Ayuntamiento procedimiento de resolución que por sentencia de 19 de abril de 2012 se declara caducado. Posteriormente incoa dos procedimientos, uno por el que se dicta resolución desistiendo de su tramitación y otro por el que se dicta resolución de febrero de 2014 de caducidad. El 4 de marzo de 2014 se inicia el procedimiento que finaliza con la resolución contractual recurrida que declara la resolución del contrato por incumplimiento culpable y la incautación de la garantía. La sala entiende que debe aplicarse la LGP vigente en el momento de surgir el derecho que la administración ejercita, la Ley 47/2003, que para las obligaciones y derechos públicos fija un plazo de prescripción de cuatro años. El inicio del cómputo del plazo, atendiendo a la fecha en que el Ayuntamiento pudo ejercitar su derecho de incautación de garantía, un aval a primer requerimiento, debe situarse en la fecha de incoación del primer expediente, que se notifica el actor el día 4 de agosto de 2009. Los tres procedimientos de resolución contractual e incautación de garantía, anteriores al recurrido, no tienen ningún efecto de interrumpir la prescripción puesto que finalizan por sentencia o por resolución declarando la caducidad o el desistimiento, ya que de conformidad con el art. 92.3 LPAC la caducidad no producirá por sí misma la prescripción de las acciones del particular o de la administración, pero los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción. Como consecuencia de ello desestima el recurso de apelación.

C. **Liquidación y pago de trabajos por acopia de materiales. Sentencia 150/2018, de 14 de marzo**

La sentencia se dicta con motivo del recurso de apelación, deducido frente a la Sentencia del Juzgado contencioso administrativo de Huesca, desestimatoria del recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación efectuada a la Comarca del Bajo Cinca para la liquidación y pago de los trabajos realizados y los materiales acopiados para la ejecución del contrato de obras «Reforma de edificio para la nueva sede de la comarca Bajo Cinca». La Sentencia de instancia desestimó la demanda en base a la inexistencia de certificación de obra, por lo que no fue posible la cesión del derecho y por lo tanto la recurrente no puede basar su petición en el art. 218 del TRLCSP. La recurrente fue subcontratista en la obra reseñada para el suministro y colocación de carpintería, puertas, forrados de paredes, suelo y falso techo. Como medio de pago, se formalizó la transmisión de los derechos de cobro derivados de las certificaciones de obra aprobadas por la comarca. La obra se paralizó en julio de 2011 y fue abandonada por la contratista. Entre tanto la actora había solicitado a proveedores materiales para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas, solicitando a la comarca el abono que había realizado a un proveedor por los trabajos de rastrelado y ejecutados en obra. Con posterioridad a ello se resolvió el contrato. Tras la resolución, la comarca en la nueva adjudicación no tuvo en cuenta los materiales que había acopiado la recurrente para hacer frente al pedido y colocarlo en la obra. La sala revoca la sentencia de instancia por considerar que si bien la empresa recurrente y cesionaria conoce que no tiene ninguna certificación a su favor, lo que denuncia es que en el momento de la resolución del contrato debió haberse certificado la totalidad de la obra efectuado hasta ese momento. Y ello en aplicación del art. 222 de la LCSP, que establece que es necesario la medición y liquidación de las obras realizadas antes de la resolución. En consecuencia el subcontratista y cesionario, tiene derecho a que se incorporen a la liquidación final las obras y prestaciones realizadas y a que la Administración le abone lo que corresponda. No obstante la sala matiza que procede distinguir entre las partidas de la reclamación que debieron liquidarse, porque ya están incorporadas a la obra, y aquellas otras que constituyen acopios o materiales que la subcontrata había apalabrado con la contratista, pero no con la Administración para su posterior entrega y colocación. Al encontrarnos ante una resolución por incumplimiento culpable del contratista, si las operaciones preparatorias y acopios no corresponden con los PCAP, y en la nueva contratación realizada con posterioridad no se han tenido en cuenta los materiales ya adquiridos por efecto de la nueva contratación, ha de darse la razón a la Administración cuando considera no obligado el pago de estos materiales y que se trata de una deuda que ha de reclamarse ante la jurisdicción ordinaria directamente a la contratista.

D. **Liquidación de trabajos no incluidos en el acta de recepción de las obras. Sentencia 269/2018, de 10 de mayo de 2018**

La cuestión controvertida radica en determinar si la liquidación final debía incluir los trabajos y obras ejecutadas no previstas en el proyecto, tras haberse firmado de conformidad el acta de recepción sin que dichas circunstancias se manifestasen en su momento. La sala recuerda la constante jurisprudencia dictada –doctrina de la proscripción del enriquecimiento injusto de la Administración– que reconoce al contratista el derecho a cobrar lo realmente ejecutado y entregado, sin que la Administración hubiera puesto reparo, aunque se haya prescindido de las formalidades contractuales. Esta jurisprudencia comprende también el exceso de obra realizado y motivado por una iniciativa de la Administración sin que se hubiera cuestionado su importe. En el supuesto enjuiciado resulta acreditado que el director de la obra indicaba verbalmente la utilización de determinados medios o la realización de actuaciones, ante lo cual se hacia la valoración de su coste por parte de la mercantil contratista y se informaba del mismo al director de obra con carácter previo a su realización. En consecuencia la Sala estima el recurso y anula la resolución recurrida.

E. ***Dies a quo* y *dies ad quem* en el cálculo de intereses certificaciones de obras. Sentencia 242/2018, de 10 de mayo de 2018**

La sentencia se dicta con motivo de recurso de apelación deducido frente a la sentencia del Juzgado contencioso administrativo de Huesca, desestimatoria del recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación presentada ante el Ayuntamiento de Jaca, en concepto de intereses de demora generados por el retraso en el pago de veintidós certificaciones de la «Ejecución de las obras del tercer lote del nuevo Pabellón de Hielo de Jaca», ampliándose el recurso a la posterior resolución expresa del Ayuntamiento por la que se estima en parte la solicitud formulada. La primera cuestión controvertida radica en la determinación del *dies a quo*, para el cálculo de los intereses de las certificaciones. La sala recuerda la jurisprudencia dictada sobre dicha cuestión y afirma que la fecha no puede ser la de la certificación sino la de la presentación de la certificación en el Registro y, cuando esta no consta, la primera certeza de esa presentación ante la Administración. En el supuesto enjuiciado se distingue entre las certificaciones presentadas por el contratista y modificadas por la Administración con la conformidad del contratista, en cuyo caso el inicio del cómputo de intereses es el de la fecha de la conformidad, y los supuestos en los que el contratista no presentó certificaciones sino facturas, siendo el Ayuntamiento quien aporta la certificación, con la conformidad del contratista, debiendo estar para el inicio del cómputo del plazo a las fechas de esta y no de las facturas. En segundo lugar se cuestiona el *dies ad quem*, cuestionándose si este es el día en que efectivamente

recibió el ingreso de las certificaciones, o el de la fecha en que se dio la orden de pago. La Sala tras recordar reiterada jurisprudencia dictada al respecto entiende que el plazo para el cómputo de intereses termina cuando efectivamente se ha pagado el principal de la deuda. En relación con la concurrencia de *anatocismo*, intereses de los intereses, entiende que dado que las cantidades exigidas eran liquidas, debe pagarse el interés del interés desde la fecha de interposición del recurso y no el de la presentación de la demanda, dada la especial configuración del recurso contencioso administrativo, hasta su completo pago.

F. **Abono de intereses de demora, aplicación supletoria del art. 1157 del CC. Sentencia 349/2018, de 20 de junio**

La sentencia se dicta con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto, frente a la desestimación por silencio negativo de la solicitud formulada ante el Gobierno de Aragón por la sociedad concesionaria Puente del Ebro SA de reconocimiento y abono de intereses de demora. Se solicita la liquidación de intereses de demora de los ejercicios 2010-2014. Las cuestiones suscitadas versan sobre la fecha de pago de las facturas y la fecha en que comenzaría la mora de la Administración y, en consecuencia, el cálculo de intereses. En relación con la primera cuestión la Sala recuerda que el TS tiene establecido que debe aplicarse la fecha en que se hace efectivo el abono al acreedor, de forma que entre la opción entre el día en que se da orden de pago por la Administración y la fecha en que es efectivo el pago para el acreedor debe resolverse, por aplicación supletoria del art. 1157 del CC por la fecha en que se hace disponible para el acreedor la suma que era debida. En relación con la segunda cuestión, la sala entiende que el plazo de exigibilidad de la deuda y la determinación del tipo de interés establecido en la ley 3/201 son de aplicación en defecto de pacto entre las partes, de forma que una cosa es que se establezca un plazo para el efectivo abono, cuando el deudor haya incurrido en morosidad, y otra que no pueda establecerse un plazo distinto para que el deudor concurra en morosidad. En el supuesto enjuiciado el PCAP establecía un plazo para que el Gobierno de Aragón realizase el pago, en concreto antes del día 10 del primer siguiente al trimestre que se está liquidando, por lo que el obligado incurre en mora una vez que el día 10 del primer mes siguiente al trimestre que se está liquidando no paga. Analizadas las fechas de los pagos estima el recurso interpuesto.

G. **Acreditación de la solvencia. Certificado de empresa privada. Sentencia 341/2018, de 22 de junio de 2018**

La sentencia se dicta con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución de la Dirección General de Planificación y formación profesional de la Consejería de Educación del Gobierno de Aragón, por la

que se adjudica el contrato de suministro de títulos académicos y profesionales de enseñanza no universitaria del Departamento de Educación. Las cuestiones controvertidas radican en determinar si la empresa adjudicataria incumplía la condición de solvencia imprescindible para participar en el procedimiento contractual, y por lo tanto si debió ser excluida de la licitación. En concreto se cuestiona, en primer lugar, si los certificados aportados en relación con las tintas empleadas, colores, características técnicas de seguridad así como las características del papel eran acordes con el PCAP. Por el adjudicatario se aportaron sendos certificados emitido por la Fábrica nacional de Moneda y Timbre (en adelante FNMT) y por una mercantil con domicilio social en Alemania. El primero de ellos, emitidos por un organismo público, se refería a títulos universitarios y el segundo es emitido por una mercantil privada. Respecto del certificado por la FNMT, la Sala considera que los requisitos establecidos para la expedición de títulos universitarios coinciden con los exigidos reglamentariamente con para los títulos no universitarios, excepción hecha de su tamaño, por lo que admite la validez del mismo. En relación con el certificado emitido por la mercantil reseñada destaca que es la suministradora del papel de la adjudicataria, lo que cuestiona su imparcialidad, y que no puede tener la condición de organismo público al no contar autorización, aval o reconocimiento del Estado u organismo con potestad para dicha homologación. Asimismo se cuestiona, en segundo lugar, el número de muestras de títulos presentadas, dado que el PCAP establecía la presentación de dos muestras de títulos. La Sala entiende que si bien las dos muestras del certificado emitido por la FNMT se referían a títulos universitarios, dada la identidad de las características de estos con los no universitarios, debía considerarse como debidamente cumplido el requisito exigido. Por ello, al considerar que el certificado emitido por la mercantil alemana, no cumplía con lo previsto en el PCAP, la Sala estima el recurso y anula el acto impugnado y el contrato al que ha dado lugar. Respecto de la situación jurídica individualizada pretendida por el recurrente, por la que se solicitaba la adjudicación del contrato al ser la única oferta presentada con arreglo a los PCAP, así como el derecho de la recurrente a la indemnización por lucro cesante, la Sala entiende que dicho pronunciamiento solo le corresponde a la Administración, al implicar valoración y ejercicio de potestad discrecional, por lo que se limita a acordar la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior de la adjudicación, con exclusión de la oferta de la inicial adjudicataria.

H. **Acreditación del encargo de un proyecto, aplicación art. 217 LEC. Sentencia 384/2018, de 29 de junio de 2018**

La sentencia se dicta con motivo de recurso de apelación deducido frente a sentencia del Juzgado de Huesca, desestimatoria del recurso contencioso in-

terpuesto frente al decreto del Presidente de la Diputación Provincial de Huesca por el que se desestima un recurso de reposición contra una resolución por la que desestima la solicitud de pago de una factura. La Sala confirma la actuación del Juzgado de instancia al considerar adecuada la valoración de la prueba realizada por este. En concreto entiende que es correcta la calificación realizada por el Juzgado de instancia, sobre determinados conceptos de la factura, al entender que responden a la realización de un nuevo proyecto de rehabilitación de la residencia de Panticosa, y no a la documentación de proyecto resultado de modificar, revisar y adaptar al código técnico de edificación el proyecto inicial elaborado el año 2005. A juicio de la Sala, el juzgado de instancia acierta al considerar que de la prueba practicada se acredita que existieron reuniones periódicas entre la Diputación y la actora, y que en ellas se requiere a esta a que presente la documentación necesaria para terminar la obra. Circunstancia esta distinta a la de un proyecto enteramente nuevo, encargo que la actora no demuestra que se le realizase. Dado que en aplicación del art. 217 LEC corresponde a la actora la prueba del hecho en el que funda su reclamación de pago, en concreto que la Diputación Provincial de Huesca le encargarse la realización de un proyecto de modificado de rehabilitación de edificación de la residencia de Panticosa, y que de la prueba de practicada no se acredita que tal encargo se realizase, la Sala confirma la sentencia de instancia y desestima el recurso. Previamente la Sala había ratificado la valoración, efectuada en la sentencia objeto de recurso, por la que la presentación de documentación técnica por la actora y su remisión a los servicios técnicos de Diputación no permiten concluir por sí mismo que se realizase el encargo verbal sobre el que la actora apoya su pretensión, ya que se trataba de documentación técnica y correspondía a los técnicos determinar el alcance de la documentación que se presentaba. Asimismo había confirmado que no puede admitirse probado el encargo sin que conste a su vez que se haya determinado la cantidad que asume el obligado al pago.

I. **Acuerdo marco, suministro de uniformidad necesaria, introducción de característica adicional. Modificación. Inaplicación del art. 9 del Decreto 207/2008, de 21 de octubre del GA, por el que se distribuyen competencias en materia de contratación centralizada. Sentencia 370/2018, de 29 de junio de 2018**

La sentencia se dicta con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de la Consejería de Desarrollo Rural del Gobierno de Aragón por la que se aprueban los expedientes de contratación derivados del Acuerdo Marco de homologación de suministro de maquinaria diversa de oficina. La cuestión controvertida consiste en determinar si la introducción de un

elemento o característica adicional, basada en la necesidad de que las maquinas a suministrar cuenten con disco duro, sobre los que constan en el PPT que rige el acuerdo marco mencionado, exigen la modificación del Acuerdo Marco o basta con la aplicación del mecanismo excepcional previsto en el art. 9 del Decreto 207/2008, de 21 de octubre del GA, por el que se distribuyen competencias en materia de contratación centralizada. Para la resolución de la cuestión la Sala parte de la premisa de que nos encontramos ante una compra que se realiza al amparo de una necesidad específica y puntual, y que del expediente administrativo se deduce que entre las características técnicas de la maquinaria de oficina establecidas en el Acuerdo Marco no figura que estas cuenten con disco duro, así como que la adquisición ha sido considerada por el órgano gestor como un supuesto encuadrable en el mencionado art. 9 del Decreto 207/2008, si bien no en base a una concreta y especifica necesidad sino a una mera recomendación o conveniencia. Tras realizar una serie de consideraciones sobre la naturaleza, objeto y significado de la figura del Acuerdo Marco, y resaltar la especial vinculación que debe existir entre la definición del objeto del Acuerdo y el principio de transparencia, en aras a evitar la restricción de la competencia, la Sala destaca que la maquinaria diversa de oficina que es objeto del Acuerdo Marco del que deriva la contratación cuestionada, tiene la consideración de suministro de adquisición centralizada, subsumible dentro de la categoría de uniformidad necesaria, ya que deben cumplir una serie de características esencialmente homogéneas. El concepto de suministro de uniformidad necesaria conduce a la predeterminación de las características que ha de tener el objeto de la contratación futura derivada del Acuerdo Marco por lo que el objeto de este ha de quedar definido con claridad. En ese sentido se manifiesta el art. 9.1 del mencionado Decreto 207/2008 al establecer que la contratación de los suministros declarados sujetos a contratación centralizada mediante homologación, se realizara necesariamente de acuerdo con las condiciones fijadas en los Acuerdo marco. La excepción a esta regla, establecida en el art. 9.2 del Decreto, que permite una contratación derivada en régimen restringido de competencia de un producto fuera del catálogo previamente definido en el Acuerdo, es una mera posibilidad excepcional, de forma que ese mecanismo excepcional no puede utilizarse para hacer pasar por contratación derivada de un Acuerdo Marco lo que no se contempló como objeto del mismo. En el supuesto controvertido no se exigió como accesorio obligatorio en el PTT del Acuerdo Marco que la maquinaria contara con disco duro, ni la justificación del nuevo requisito sobrevenido radica en la necesidad de contar con otros productos de idénticas características pero no catalogados previamente, derivada de la urgencia o imposibilidad material de acceder a productos de similares características pero no catalogados, realizándose en cambio desde la perspectiva de la mera conve-

niencia, obedeciendo a razones de implantación de una nueva tecnología (en concreto el expediente electrónico). Por ello la Sala considera inviable la aplicación del instrumento excepcional del art. 9.2 del Decreto 207/2008, siendo más adecuado considerar que nos encontramos ante una causa de modificación del contrato, por tratarse de la satisfacción de una necesidad nueva de la Administración no prevista inicialmente. En consecuencia se anula la resolución administrativa impugnada, no pronunciándose sobre si procede encauzar la mencionada modificación contractual, por la vía de las modificaciones previstas o no previstas, al carecer de los suficientes antecedentes al respecto.

J. **Renuncia al contrato, abono de gastos de licitación, orden de pago mediante *conforming*. Sentencia 443/2018, de 21 de septiembre de 2018**

La sentencia se dicta con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud por el que se acuerda renunciar a la celebración del contrato de concesión de obra pública del nuevo Hospital de Alcañiz y se aprueban los gastos de compensación como consecuencia de la renuncia. En primer lugar, se dilucida la objeción planteada por la administración demandada por la que el recurso debía ser inadmitido dado que la actora inicialmente optó por interponer recurso especial en materia de contratación ante el TACPA, por lo que debía de ser objeto de recurso la resolución de este y no el acto de renuncia de la Administración. La Sala rechaza la pretensión de la Administración en aras a garantizar la tutela judicial efectiva, dado que el acuerdo del TACPA se limitó a inadmitir el recurso al considerar que la actividad recurrida no era susceptible de impugnación sin entrar a conocer del fondo del asunto. El art. 155 TRLCSP posibilita la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración, que deberá acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación del contrato, estableciéndose en ambos casos la compensación a los licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración. En el supuesto controvertido la Administración consideró que debían abonarse únicamente aquellos gastos de licitación con referencia expresa en la afectación de sus trabajos a esta licitación, con especial atención al necesario nexo causal que debe constatar entre el gasto realizado y la renuncia que efectúa la Administración, así como entre aquellos, los que se encuentren efectivamente realizados y justificados, teniendo en cuenta que han transcurrido mas de 6 meses desde la misma. La actora no cuestiona los principios generales que informan la resolución de la Administración objeto de recurso, cuestiona la inclusión o no de tres facturas en concreto. En relación con la primera de ellas, la Administración en base a informe del Director de Obras, Ins-

talaciones y Equipamientos considera que corresponde al periodo de licitación y tiene relación con ella, pero no considera justificado su pago, al haberse efectuado la orden de pago mediante *conforming* y a la fecha del informe no constaba su pago. La Sala tras analizar la certificación emitida por una entidad financiera que acreditaba que la recurrente tenia suscrito un contrato de *conforming* y que al amparo del mismo se gestionó la factura controvertida y que estaba cobrada por el proveedor, dado que el *conforming* es un medio valido de pago, consideró justificado el pago y en consecuencia incluye la factura entre los gastos compensables. A idéntica conclusión llega respecto a las otras dos facturas, inadmitidas por la Administración por considerar que si bien estaba justificado su pago hacían referencia a honorarios profesionales en general, no estando por ello relacionadas con la licitación. La Sala destaca que en las dos facturas se indican que corresponden a honorarios profesionales, según carta de encargo emitida dentro del plazo de licitación, y que debió requerirse la presentación de la misma, circunstancia que no realizo la Administración. Aportación que se efectuó en la vía jurisdiccional y que tras su análisis la Sala entiende que resulta claro que los honorarios se corresponden específicamente con los servicios de asesoramiento en la licitación del Hospital de Alcañiz. En consecuencia estima el recurso.

III. ÓRGANOS ESPECIALES Y CONSULTIVOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

1. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón[4]

Los Acuerdos a destacar en 2018, por orden cronológico de adopción por el TACPA, son los siguientes:

A. Exclusión de propuesta por incumplimiento de prescripciones técnicas (Acuerdo 4/2018, de 5 de febrero)[5]

Se analiza la exclusión por la Mesa de contratación de una propuesta por incumplimiento de prescripciones técnicas (uno de los equipos ofrecidos no acor-

4 El TACPA adoptó 134 acuerdos durante el año 2018, dos más que en el año 2017. Los acuerdos sobre contratos de gestión de servicios públicos y contratos de servicios, se reseñan en el Informe correspondiente de este Anuario.

5 Por el que se resuelve el recurso especial frente a la exclusión en la licitación del contrato denominado «Suministro de dos arcos radiológicos en «C» para el Hospital «Obispo Polanco» de Teruel y cesión de mesa de radioscopia», promovido por la Gerencia del Sector de Teruel del Servicio Aragonés de Salud.

de con lo exigido en PPT así como PCAP). Las prestaciones de los bienes a adquirir por la Administración contratante corresponde determinarlas a esta y no al licitador.

B. **Impugnación del acto de clasificación de ofertas, acto de trámite no susceptible de recurso: Inadmisión** (**Acuerdo 8/2018, de 13 de febrero de 2018 y Acuerdo 16/2018 de 27 de marzo**)[6]

El acto recurrido –apertura de sobres y acuerdo de clasificación de ofertas– no se encuentra entre los supuestos regulados en este art. 40.2.b) del TRLCSP y no es, por tanto, susceptible de recurso. Como tiene establecido este Tribunal administrativo en su doctrina –así entre otros, Acuerdos 26/2011, 30/2012, 2/2014, 109/2015, 5/2016, 95/2016, 97/2017 y 126/2017–, las actuaciones tendentes a la adjudicación, como son la asignación y comunicación de las puntuaciones otorgadas en los criterios de adjudicación o el acuerdo del órgano de contratación por el que se clasifican las ofertas, no tienen la consideración de «*actos de trámite*», en los términos señalados en el apdo. b) del art. 40.2 del TRLCSP. Hay que recordar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final –la adjudicación– que pone fin al mismo, y para llegar a 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 en todo caso 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.

En el mismo sentido el Acuerdo 16/2018, de 27 de marzo, por el que se resuelve el recurso especial contra los acuerdos adoptados por la Mesa de contratación del procedimiento «Proyecto de renovación del alumbrado público en el Sector suroeste del núcleo urbano de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza)». La asignación de puntuación a las ofertas admitidas es un acto de trámite no cualificado y, como tal, no susceptible de recurso especial.

6 Por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente a la Resolución de Alcaldía de 16 de noviembre de 2017 de clasificación de ofertas en el procedimiento de licitación denominado «Suministro y obras para la sustitución de luminarias con lámparas de vapor de mercurio por nuevas luminarias con tecnología LED en La Puebla de Alfindén».

C. **Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Compromiso de adscripción de medios personales exigido. La exigencia de experiencia en obras para el sector público es contraria a la Ley. El arraigo territorial no puede tener carácter discriminatorio** (**Acuerdo 17/2018, de 27 de marzo de 2018**)[7]

Al compromiso de adscripción de medios personales, en tanto que plus de solvencia, le son de aplicación los criterios generales que rigen el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia. Esto es, que estén previstos expresamente en los pliegos, que guarden relación con el objeto del contrato, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, y que se respete el principio de proporcionalidad. Sobre esta cuestión recuerda la doctrina del TACPA y del TACRC, por todas, la resolución 1009/2016, de 2 de diciembre, en la que se señala que: «el contenido de los artículos que en el TRLCSP regulan la acreditación de la solvencia es imperativo, de forma que tanto los medios para acreditarla como los instrumentos que le sirven de soporte formal, deben ajustarse exactamente a lo prevenido en la Ley. Por lo tanto, es claro que cuando el art. 78 del TRLCSP regula como medio de acreditación de solvencia el consistente en una relación de servicios o trabajos realizados por el licitador; esta relación debe comprender, sin excepción o restricción alguna, cualquier tipo de destinatario, público o privado; debiendo por ello declararse nula la exigencia que contienen los Pliegos de que los servicios acreditados solo puedan ser de un destinatario que sea una entidad del sector público».

D. **Adjudicación: vinculación a los pliegos predicable tanto para los licitadores como para la Administración contratante. Criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor: admisión de concreción de subcriterios** (**Acuerdo 18/2018, de 11 de abril de 2018**)[8]

El TACPA recoge la doctrina del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en su Resolución 1/2018, de 17 de enero, para admitir que «en el proceso de valoración se pueda atribuir un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecido con antelación y distribuir entre estos

7 Por el que se resuelve el recurso especial frente al procedimiento de licitación denominado «Construcción de 18 unidades de Primaria del CEIP Las Anejas en la parcela del antiguo IES Segundo de Chomón de Teruel», promovido por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

8 Por el que se resuelve el recurso especial frente a la adjudicación del contrato denominado «Suministro de gases medicinales para el Sector de Calatayud», promovido por el Sector de Calatayud del Servicio Aragonés de Salud.

elementos secundarios los puntos previstos por aquel, siempre que no se modifiquen los criterios de adjudicación de los contratos definidos en el pliego; no se incluyan elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubieran podido influir en dicha preparación; no se haya hecho la atribución teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. Así mismo, cabe recordar que se exige que el pliego permita a los licitadores efectuar sus ofertas con conocimiento de los criterios que se utilizarán para determinar la proposición económicamente más ventajosa, no permitiéndose la absoluta discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de ponderar las ofertas, sino que la discrecionalidad ha de estar basada en juicios o elementos técnicos previamente previstos en los pliegos para que se garanticen los principios de transparencia e igualdad de trato y la función revisora de este Tribunal». En este caso no concurre ninguno de los supuestos fijados por la doctrina, ni siquiera el primero, ya que si bien los pliegos permiten conocer *ab initio* los subcriterios que deberían haberse tenido en cuenta, estos se han concretado a posteriori de tal manera que llegan a alterar la forma de presentar la proposición y a verse afectados por los aspectos que finalmente sí tiene en cuenta el informe técnico, subvirtiendo así la regulación contenida en el pliego, de manera que las empresas licitadoras no podían conocer con exactitud los aspectos concretos que efectivamente han sido considerados para asignar la puntuación correspondiente a los criterios sujetos a juicio de valor. Así las cosas, esta actuación contraviene de plano los principios de transparencia y de igualdad de trato y no discriminación, que han de regir toda licitación pública.

E. **Pliegos. Indeterminación en el objeto del contrato. Requisitos de solvencia técnica desproporcionados que limitan la concurrencia** (**Acuerdo 21/2018, de 20 de abril de 2018**)[9]

La recurrente manifiesta que se exige como requisito mínimo de solvencia técnica, 19 000 contadores en lectura remota en red fija y 50 000 contadores en la modalidad «en movimiento», que no es la licitada, lo que objetivamente resulta a su juicio totalmente incongruente. Afirma asimismo, en cuanto a la proporción de solvencia técnica exigida en la modalidad de lectura en red fija licitada, que según el desglose recogido en la cláusula 18 del PPT, dentro del valor estimado del contrato, el presupuesto correspondiente a la partida de suminis-

9 Por el que se resuelve el recurso especial frente al procedimiento de licitación denominado «Suministro y colocación de contadores vía radio y servicios de lectura y mantenimiento para el municipio de Daroca», convocado por el Ayuntamiento de Daroca

tro de los contadores, por un total de los 1450 contadores indicados, asciende a 160 388 euros, por lo que de haber suministrado los 19 000 contadores leídos en red fija, el presupuesto correspondiente sería de 2 101 590 euros, lo que evidencia de forma clara la desproporción del requisito exigido. Pero además, sigue aduciendo la recurrente, que de los 19 000 contadores, se exige que 12 000 de ellos se encuentren instalados en un mismo municipio y aplicando la ratio media de 2,1 habitantes por vivienda o contador, el número de 12 000 contadores instalados vendría a equivaler a un municipio de entre 20 000 y 25 000 habitantes, en el cual ya estuviera todo el servicio dotado con contadores y sistema de lectura remota, que según viene a manifestar la recurrente, únicamente podría corresponder a algún gran municipio. Los argumentos puestos de manifiesto en el informe del órgano de contratación no rebaten el motivo de la recurrente, sino al contrario, pues refiere incluso el Acuerdo 9/2014, de 11 de febrero, del TACPA, donde se señala que «el principio de proporcionalidad, referido a la solvencia, requiere en definitiva que toda limitación de los derechos de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tiendan a la consecución de fines legítimos y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada».

F. **Separación de la Mesa de contratación, del informe técnico. Cumplimiento de prescripciones técnicas (Acuerdo 42/2018, de 12 de junio de 2018)**[10]

Después de realizar las comprobaciones sobre las características de las máquinas ofertadas por la adjudicataria con mayor puntuación, se suscitan dudas sobre el cumplimiento de una de las características establecidas en el PPT, concretamente el requisito del tiempo máximo de salida de la primera página (cláusula 2.2 del PPT). En el informe técnico se expone que dichas dudas no podían ser aclaradas a través de los catálogos que obran en las páginas web ni del fabricante ni del licitador, ni tras ponerse en contacto, telefónicamente, con la distribuidora de la máquina. Por ello, se termina proponiendo al órgano de contratación, que se requiriera al licitador para que aporte certificado del fabricante sobre las características de la misma, para verificar su cumplimiento. El órgano de contratación efectúa el trámite, otorgándole tres días hábiles para aportar certificado del fabricante o, en su defecto, certificado de un «laboratorio homologado». La adjudicataria evacúa el requerimiento aportando escrito en el que manifiesta que presentó de buena fe el catalogo del fabricante, dando por buena la información

10 Por el que se resuelve el recurso especial frente a la adjudicación del contrato denominado «Suministro mediante arrendamiento sin opción de compra de máquinas de impresión, copia y escaneo y su mantenimiento para el Ayuntamiento de Utebo».

de que la máquina tipo 3 cumplía el requisito al constar en él una velocidad de impresión de 8 segundos. Y oferta una máquina alternativa, distinta de la propuesta en su oferta, que según él sí cumple el requisito y adjunta certificado del fabricante de esta otra máquina, para acreditarlo. Se emite nuevo informe para valorar el escrito y la documentación antes referida, en el que se señala que la adjudicataria no certifica la característica tal y como se había exigido en el requerimiento de aclaración. No obstante lo cual, el informe valora que se aporta certificado de otra máquina distinta a la ofertada que sí cumple las características exigidas, por lo que se termina concluyendo que las máquinas que se adscribirán al contrato sí cumplen los requisitos. La Mesa de Contratación se aparta del informe del servicio técnico, y no acepta la oferta alternativa que realiza la adjudicataria para cumplir las prescripciones técnicas, pero, sin embargo, y contraviniendo a la valoración técnica, considera que la máquina ofertada inicialmente, sí cumple con las prescripciones técnicas exigidas, por lo que se ratifica en su consideración de que es la oferta económica más ventajosa. El TACPA discrepa de la decisión adoptada por la Mesa de Contratación, puesto que, pese a ser cierto que la oferta no puede ser alterada y por ello no podía aceptarse la propuesta alternativa ofrecida por el licitador en la fase de aclaración otorgada ex art. 9 de la LMCSP, tampoco fue correcto tener por acreditado el cumplimiento de las prescripciones técnicas, separándose del informe técnico emitido, a partir de la misma documentación, que ya había sido examinada y que había suscitado las dudas sobre su cumplimiento y todo ello sin un nuevo informe técnico que lo analizase. Es patente que, ante las dudas suscitadas por los técnicos, se requirió al licitador para que fueran aclaradas mediante la presentación de un determinado documento, el certificado del fabricante, y este no fue aportado, por lo que, a juicio del Tribunal, no era posible tener por acreditado el cumplimiento de las prescripciones técnicas que ofrecían dudas.

G. **Existencia de cláusulas que restringen la competencia, así como en la incongruencia que se advierte en los criterios de adjudicación y la determinación de fórmulas incorrectas** (**Acuerdo 51/2018, de 29 de junio de 2018**)[11]

El objeto del contrato, su descripción, contiene indicaciones expresas que atentan directamente contra los principios de libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación que deben existir en todo contrato del Sector Público. Concretamente, manifiesta que el contador solicitado no es una tipología general de

11 Por el que se resuelve el recurso especial frente a los Pliegos que rigen el contrato denominado «Suministro e instalación –sustitución– de contadores de agua en el municipio de La Joyosa», promovido por el Ayuntamiento de La Joyosa (Zaragoza).

contadores sino de un modelo concreto fabricado y comercializado por un fabricante, por lo que tan sólo ese fabricante o terceros, con acuerdos comerciales con aquel, podrían concurrir a la licitación, quedando privados de hacerlo cualquier otra empresa fabricante o tercero comercializador. Afirma que se trata de una cláusula completamente excluyente. Además el PCAP incurre en incongruencia entre las cláusulas, segunda, que establece el precio como único criterio de adjudicación y la décima, que establece dos criterios de adjudicación: precio y plazo, a través de una fórmula de imposible aplicación para los dos criterios. Lo que determina la nulidad de los pliegos que rigen el procedimiento de licitación por lo que se debe admitir el motivo de recurso y declarar la anulación del procedimiento de licitación.

H. **Convenio colectivo aplicable y los costes salariales revisión de precios. Indeterminación en el objeto del contrato en relación con las prestaciones a realizar. Principio de equivalencia de las prestaciones y modificación del contrato** (**Acuerdo 60/2018, de 20 de julio de 2018**)[12]

Corresponde al órgano de contratación cuidar que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, no resultando conforme a la norma repercutir los costes de mano de obra en el contrato por la vía de revisar sus precios. Se considera que hay una indeterminación en el objeto del contrato en relación con las prestaciones a realizar y se atenta directamente contra el principio de igualdad, cuando no se facilita toda la información (en este caso, la relativa al inventario) a pesar de que se dé la posibilidad de inspección de los elementos que constituyen el objeto, por entender el Tribunal que se coloca en una posición de desequilibrio al resto de licitadores frente a quien ha sido hasta ahora el contratista, que obtiene una clara ventaja a la hora de formular su oferta. La previsión en el pliego que obliga a que un licitador asuma el impacto económico de un incremento de la superficie a mantener o de los trabajos a realizar, si esta no supera –en términos anuales– un tanto por ciento del «ámbito de actuación», es contraria, al principio de equivalencia de las prestaciones, por lo que resulta manifiestamente ilegal y vicia de nulidad de pleno derecho a todo el pliego. En la contratación deben cuantificarse todos los trabajos a realizar, para garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del contrato y la existencia de equilibrio entre las partes sin que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto. La mención genérica en el pliego a que el importe de una prestación –indetermina-

12 Por el que se resuelve el recurso especial frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes municipales y arbolado urbano de Calatayud», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud.

do e indefinido– está incluido en el precio del contrato implica la nulidad de las cláusulas a las que afecte.

I. **La oferta económica no se ajusta al modelo establecido en el PCAP ni a su contenido. Improcedencia de la aplicación del art. 9 de la LMCSP (Acuerdo 62/2018, de 20 de julio de 2018)**[13]

Las empresas licitadoras deben adecuar su oferta en su descripción técnica, al contenido del PPT o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se fijan las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, sin que sea necesario que el PCAP prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al PPT (entre otras, las Resoluciones TACRC 548/2013, de 29 noviembre, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, 763/2014, de 15 de octubre, y los Acuerdos de este Tribunal 36/2013, de 10 de julio, y 2/2018, de 23 de enero). La posibilidad de descartar a un candidato como consecuencia del incumplimiento de los aspectos técnicos de los pliegos, está expresamente recogida en el art. 84 RGLCAP. El Tribunal recuerda su doctrina clásica sobre los requisitos que se contienen en el art. 9º de la LMCSP, que son: 1º) necesidad de aclaración o corrección de manifiestos errores materiales en la redacción; 2º) respeto del principio de igualdad de trato; 3º) imposibilidad de modificar los términos de la oferta; y, 4º) constancia documental de todas las actuaciones. Advierte que desde el Acuerdo 32/2011, de 22 de diciembre, tiene sentada una extensa doctrina sobre las aclaraciones a los licitadores, su alcance y límites. En concreto, respecto de las aclaraciones a la oferta económica, se consideran procedentes las aclaraciones cuando concurren las circunstancias que posibilitan acudir a la misma –aclaración sobre una oferta, o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en su redacción–; se respeta el principio de igualdad de trato; la aclaración no supone en ningún caso una modificación de los términos de la oferta; y constan documentalmente en el expediente todas las actuaciones realizadas (entre otros, Acuerdos 47/2012, de 30 de octubre, y 6/2013, de 30 de enero). Por el contrario, se ha considerado que vulnera los principios rectores de la contratación pública, la solicitud de aclaraciones cuando no ha podido acreditarse ante este Tribunal ni el conteni-

13 Por el que se resuelve el recurso especial frente a su exclusión en la licitación del contrato denominado «Suministro de material eléctrico para el Ayuntamiento de Huesca para el ejercicio 2018». En el mismo sentido el Acuerdo 65/2018, de 26 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso frente a su exclusión en la licitación del contrato denominado «Arrendamiento en régimen de *renting* de cuatro vehículos con destino a diferentes dependencias de la Diputación Provincial de Zaragoza».

do y alcance de la aclaración solicitada, ni la fecha de su formulación (Acuerdo 20/2012, de 14 de junio); si existe discordancia entre los precios unitarios con el importe total ofertado (Acuerdo 52/2012, de 28 de noviembre); si existen precios unitarios que superan el máximo establecido en cada caso (Acuerdo 30/2013, de 24 de junio); si la oferta económica supera el tipo de licitación establecido (Acuerdo 29/2014, de 16 de mayo); o si de la aclaración se produciría la corrección o mejora de los términos de la oferta (entre otros, Acuerdos 58/2013, de 23 de octubre, y 23/2014, de 8 de abril). En el Acuerdo de este Tribunal 52/2012, se indicaba que uno de los aspectos en que la necesidad de adaptación de las proposiciones al contenido de los pliegos es más evidente, es el relativo a la oferta económica, que está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro formal, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales. Las proposiciones que no respeten estos requisitos, deberán ser rechazadas en resolución motivada, tal y como dispone el art. 84 del RGLCAP.

J. **Inadecuación a Derecho de la fórmula elegida para la ponderación del criterio precio al no permitir una apropiada discriminación de las ofertas económicas. Principio de igualdad de trato y no discriminación. Estimación** (**Acuerdo 77/2018, de 30 de agosto de 2018**)[14]

La fórmula el PCAPE –y cuestionada– opta por la regla de la proporcionalidad inversa, al tomar como referencia no ya el presupuesto de licitación sino las ofertas de los licitadores, contemplando la utilización de las magnitudes denominadas «importe de la oferta mínima» –para el numerador– y la «oferta correspondiente al licitador que se valora» –para el denominador–. Además, no introduce un factor corrector o modulador para el caso de proposiciones que se queden en el tipo de licitación. Por otro lado, analizado el tenor de la cláusula 17 del PCAPE, que aborda la anormalidad o desproporción de las ofertas y el modo de proceder ante este supuesto, se establece al respecto como umbral el importe económico inferior al producto de la media aritmética de las ofertas presentadas multiplicada por el coeficiente 0,90. Y esta cláusula, puesta en relación con la anterior, es el argumento que ofrece el órgano de contratación en aras de validar la fórmula elegida, pues el umbral de anormalidad va referido –al igual que el criterio precio– a las ofertas presentadas y no al presupuesto de licitación, según ha admitido el TACR, en su Resolución núm. 208/2017, de 24 de febrero,

14 Por el que se resuelve el recurso especial frente al procedimiento de licitación denominado «Renovación de instalaciones de alumbrado público exterior del municipio de Zaragoza para mejora de la eficiencia energética».

que invoca a favor de su pretensión. No comparte el Tribunal la tesis del órgano de contratación, pues la fórmula matemática elegida por el PCAPE no llega a mostrar efectiva capacidad para discriminar las eventuales ofertas económicas con independencia del umbral de desproporción fijado en dicho pliego, toda vez que resulta evidente que su utilización no puede tenerse por válida para obtener la oferta económicamente más ventajosa, en tanto que, aun posibilitando la obtención de una puntuación superior a las ofertas que propongan un precio menor y de una puntuación inferior a las ofertas que propongan un precio mayor –regla que debe cumplir toda fórmula según se desprende de los Informes 8/97, de 20 de marzo de 1997, y 42/12, de 7 de mayo de 2013, de la ahora Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado–, la puntuación a obtener no guarda la debida correlación o proporción con las ofertas porque, conforme a la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal de Cuentas, expuesta y sintetizada por el TACRC, entre otras, en sus Resoluciones 906/2014, de 12 de diciembre, y 542/2015, de 12 de junio, dicha fórmula no resulta admisible por los motivos siguientes: a) otorga alguna puntuación a las bajas nulas, esto es, a las que se queden en el tipo de licitación que obtendrán más (o bastante más) de cero puntos, lo que implica que todo licitador consiga alguna puntuación por el mero hecho de presentar oferta [y no se compadece con el Informe del Tribunal de Cuentas núm. 839, de fiscalización sobre la gestión y la contratación de la Fundación Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares (CNIC) Carlos III]; y b) reduce significativamente los márgenes entre las ofertas más altas y las más bajas [efecto vedado por el Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1009, de fiscalización de la Universidad de Murcia (ejercicios 2010 y 2011)].

K. **Oferta con valores anormales o desproporcionados. Nueva regulación establecida en el art. 149 de la LCSP (Acuerdo 127/2018, de 19 de diciembre de 2018)**[15]

Es en la justificación de la oferta –y no con la interposición del recurso– cuando deben procurarse por el licitador los argumentos necesarios para que su oferta no sea rechazada. No se aporta justificación de precios ni de los costes salariales. Sobre la experiencia alegada, un procedimiento de contratación es autónomo e independiente del anterior, de tal forma que actuaciones en la ejecución de contratos anteriores de las potenciales entidades licitadoras, en sentido positivo o negativo, no pueden influir en futuras licitaciones que se rigen por sus

15 Por el que se resuelve el recurso especial frente a su exclusión del procedimiento denominado «Reforma central térmica Museo del Fuego para dar servicio al Parque de Bomberos nº 2», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

respectivos pliegos y demás documentos contractuales. Discrecionalidad técnica. El informe del servicio técnico de la Administración sobre viabilidad de la oferta goza de la presunción *iuris tantum* de acierto y razonabilidad, salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación. Adecuada motivación de la resolución de exclusión.

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

A. **Prohibiciones de contratar concejales**

En el Informe 1/2018, de 11 de enero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se sostiene que el acto de «toma de posesión» implica la asunción por el concejal electo de la plena condición del cargo, y es el momento a partir del cual el concejal electo puede hacer efectivos los derechos y asume los deberes y obligaciones inherentes al cargo, de manera que es a partir de tal momento cuando podría incurrir en causa de prohibición de contratar con las administraciones públicas

B. **Integración de la solvencia de un licitador que concurre en UTE con medios externos. Alcance de la integración y repercusión de la misma en la delimitación subjetiva del contrato**

En el Informe 2/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Junta concluye: 1) La integración de la solvencia por medios externos regulada actualmente en el art. 63 TRLCSP puede ser utilizada por los licitadores que concurren a un contrato en UTE, completando su solvencia con medios externos ajenos a los integrantes de la misma. Esta posibilidad está expresamente prevista en la nueva regulación de esta figura en el art. 75 de la Ley 9/2017 de Contratos del sector público. 2) La integración de solvencia por medios externos alcanza a todos los aspectos de la misma, es decir, tanto solvencia económica como técnica, sin perjuicio de la posibilidad de limitación de dicho alcance por razón del carácter personalísimo de ciertos aspectos de la prestación. Esta posibilidad de limitación se reconoce expresamente en la nueva regulación de la materia requiriendo en todo caso su

16 La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón emitió durante el año 2018 veinticinco informes. Es decir, trece más que durante el año e 2017. Los informes 4/2018, 5/2018, 6/2018, y 7/2018, de 26 de febrero de 2018; 11/2018, de 30 de mayo de 2018; 15/2018, 16/2018 y 17/2018, de 13 de junio de 2018; 20/2018, de 3 de septiembre de 2018 y 23/2018 de 31 de octubre de 2018, son informe referidos a la adaptación de pliegos tipo de la Comunidad Autónoma de Aragón a la LCSP 2017.

previsión en los pliegos. 3) Los medios externos que acreditan la solvencia de un licitador pasan a formar parte del concepto de «operador económico» que contrata con la administración y por ello deben estar integrados en el contrato.

C. **Contratos menores: regla de la incompatibilidad del art. 11.3 LCSP 2017 y otras cuestiones**

El Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón[17], uno de los de mayor repercusión que ha emitido, la Junta concluye que: 1) La regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 LCSP 2017 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquel que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse. 2) Las normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones consisten, en esencia, en aplicar para la adjudicación

17 El Presidente de la Diputación provincial de Zaragoza se dirigió a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de fecha 15 de enero de 2017 en el que planteaba, tras un análisis de la reforma del contrato menos en el LCSP, las siguientes cuestiones:

PRIMERO.– La limitación introducida para los contratos menores por el art. 118.3 de la LCSP por razón del contratista ¿Debe entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de manera que la cifra máxima lo es a todos los contratos menores suscritos con el contratista durante el año por el órgano de contratación, o lo es en función del objeto del contrato y características del contrato?.

SEGUNDO.– A la vista de la remisión que la Disposición Adicional Novena de la LCSP realiza al art. 118, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones ¿Hay que entender que también en estos casos opera la limitación introducida para los contratos menores por el art. 118.3 de la LCSP?

TERCERO.– ¿Cuál es el plazo en el que rige la limitación de contratación con el mismo empresario?. ¿Qué duración deben tener los contratos del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones a que se refiere la Disposición Adicional Novena LCSP?.

CUARTO.– En aquellos supuestos en que los órganos de contratación disponen de un procedimiento especial para la adjudicación de los contratos menores, que incluye publicidad y libre concurrencia; de manera que existe auténtica licitación, con plazo de presentación de ofertas, desde su publicación, y valoración de las ofertas presentadas ¿Es de aplicación la limitación introducida para los contratos menores por el art. 118.3 de la LCSP por razón del contratista?.

QUINTO.– ¿Cómo debe actuarse en los supuestos, especialmente en los pequeños municipios, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal?

de dichos contratos las normas de procedimiento establecidas en la LCSP 2017 para los contratos menores, con las salvedades indicadas. 3) La regla de incompatibilidad prevista en el art. 118.3 LCSP 2017 resulta de aplicación respecto a cada uno de los órganos de contratación, no respecto a la entidad respecto a la que varios de tales órganos puedan imputar sus actuaciones. 4) La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad. Y 5) La incompatibilidad contenida en el art. 118.3 LCSP 2017 parte de la consideración de la contratación menor como un procedimiento contractual que permite la adjudicación directa. Sin embargo no bastará con cualquier publicidad o promoción de la concurrencia —en sí recomendables con carácter general— para sortear los límites establecidos para los contratos menores. La previsión legal de un procedimiento abreviado abierto sumario se hizo expresamente para canalizar contratos que en muchos casos pueden tramitarse por uno u otro procedimiento, como alternativa al contrato menor. En consecuencia, es la aplicación de un procedimiento que cumpla con los requerimientos establecidos por el legislador para el procedimiento abierto abreviado sumario, u otro con mayores garantías de publicidad y concurrencia, lo que evitará la aplicación de los límites cumulativos del art. 118 2017 LCSP.

D. **Las penalidades en los contratos administrativos, procedimiento de imposición**

El Informe 8/2018, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón[18], afirma que las penalidades del contrato tienen naturaleza contractual y constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato entre las que se encuentra el plazo de ejecución. Por tanto el acuerdo del órgano de contratación de ampliación del plazo del contrato con imposición de penalidades deberá acordarse estando vigente el plazo del contrato, siendo posible que el acuerdo en el que se cuantifiquen las mismas se adopte en un momento posterior. La no imposición de las penalidades en los plazos anteriores no libera al contratista de sus responsabilidades por los incumplimientos producidos en la ejecución del contrato. El hecho de que el acuerdo de imposición de penalidades sea inmediatamente ejecutivo, no implica que para su adopción se pueda prescindir el trámite de audiencia al contratista. Las penalidades deberán deducirse en pri-

18 Este dictamen se publica íntegramente en el apartado «Documentación» de este *Anuario*.

mer lugar de la obra pendiente de abonar y solo en el supuesto de que no exista o sea insuficiente, se podrán deducir subsidiariamente de la garantía definitiva, debiendo en este caso reponerse en los plazos previstos en la Ley. Es aconsejable que los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en tanto ley del contrato que obliga a las partes, establezcan un procedimiento sencillo para la tramitación de los expedientes de imposición de penalidades, garantizando en todo caso la audiencia al contratista.

E. **Incidencia de las normas privadas de contabilidad aplicables por determinadas entidades públicas y diversidad de los objetos contractuales en el cómputo de los límites aplicables a los contratos menores**

En el Informe 9/2018, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se insiste en que la regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 LCSP 2017 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquel que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse. La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 LCSP 2017 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad. La celebración de nuevos contratos menores con cargo a fondos excedentes de presupuestos de años anteriores no impedirá la aplicación de los límites máximos, debiendo tomarse como referencia para tal cómputo el momento en que se inicie el procedimiento de contratación. A la inversa, la ejecución o liquidación diferidas de contratos menores ya celebrados y computados en su momento no obligará a tener en cuenta sus valores respectivos a efectos de verificar los límites de los contratos menores en un ejercicio posterior. La incompatibilidad contenida en el art. 118.3 LCSP 2017 parte de la consideración de la contratación menor como un procedimiento contractual que permite la adjudicación directa. La previsión legal en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón de la posibilidad de una nueva tramitación con publicidad del contrato menor, cuyos puntos esenciales son un anuncio de licitación en el perfil del contratista, con fijación previa de criterios de adjudicación para los contratos menores y un plazo de presentación de ofertas de cinco días, y la previsión expresamente introducida en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, mediante el Decreto-ley 1/2018, de que en tales casos no se acumulan los valores de los contratos menores sucesivos en que este nuevo mecanismo se utilice aunque resulte adjudicatario un mismo contratista,

es ya en estos momentos una norma de aplicación plena a las Administraciones públicas sujetas a la legislación aragonesa.

F. **Composición de las mesas de contratación. Cualificación mínima exigible a sus integrantes**

El Informe 12/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, considera que para la designación del secretario de las mesas de contratación de la administración pública de la Comunidad Autónoma y de aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador, así como de la Universidad de Zaragoza, en defecto de previsión en el art. 8 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, se aplicará supletoriamente lo establecido en el art. 326.5 de LCSP 2017. Los órganos de contratación de la administración pública de la Comunidad Autónoma y de aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador, así como de la Universidad de Zaragoza, podrán designar como secretario de la mesa de contratación a personal que, estando bajo su dependencia, ocupe puestos que, como las jefaturas de negociado, tengan asignadas tareas de colaboración en la tramitación de los expedientes, controlando y ordenando la documentación, redacción de propuestas alternativas, en su caso, ejecución, incluyendo notificaciones y archivo y organización del trabajo del personal a su cargo, muy especialmente si las funciones específicas asignadas al puesto lo son en materia de contratación o si para el desempeño del puesto se ha ponderado específicamente la formación en materia de contratación. No está establecida la exigencia de una titulación específica. Ni la normativa aragonesa, ni la normativa estatal actualmente supletoria, establecen requisitos específicos para el desempeño de los puestos de Presidente y tercer vocal de las mesas de contratación de la administración pública de la Comunidad Autónoma y de aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador, así como de la Universidad de Zaragoza.

G. **Reserva de contratos o lotes concretos en ausencia de acuerdo previo de fijación de porcentaje mínimo de reserva**

El Informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, manifiesta que los órganos de contratación de las entidades locales pueden acordar específicamente re-

servar contratos o lotes independientemente de que se haya adoptado o no el acuerdo genérico de reserva por el órgano local competente.

H. **Licitación del contrato menor con publicidad. Criterios de Adjudicación**

El Informe 21/2018, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mantiene que la regla general para el establecimiento de criterios de adjudicación en cualquier tipo de contratos, incluidos los contratos menores, es la inclusión de una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad—precio, por lo que, para que pueda realizarse una adjudicación basada únicamente en criterios que atiendan a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste será necesario que se justifique expresamente en el expediente. No obstante lo anterior, en los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo en tanto que prestaciones intelectuales el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación, debiendo tenerse en cuenta criterios relacionados con la calidad. La previsión legal, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, de la posibilidad de una nueva tramitación «abierta» del contrato menor con publicidad en el perfil de contratante, permite que en tales casos no se acumulan los valores de los contratos menores sucesivos en que este nuevo mecanismo se utilice, aunque resulte adjudicatario un mismo contratista, siempre que el anuncio de licitación identifique el objeto del contrato, las prestaciones que lo integran y los criterios de adjudicación indicándose el procedimiento que se seguirá para su valoración y los parámetros que permitan considerar una oferta como anormal o desproporcionada.

I. **Ámbito de la ampliación de cuantía de los contratos menores de agentes públicos del sistema español de ciencia, tecnología e innovación**

El Informe 25/2018, de 15 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, considera que para que se aplique el umbral especial establecido en la disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP 2017 deberán concurrir simultáneamente las siguientes condiciones: a) Debe tratarse de contratos menores de suministro o servicios de los agentes públicos del sistema español de ciencia, tecnología e innovación. b) Deben ser contratos menores de suministro o servicios en el ámbito de las funciones de estos agentes, tal cual las concreta la Ley 14/2011, centradas en la investigación, el desarrollo experimental y la innovación. Y c) Se referirá a todos aquellos gastos que no puedan considerarse de «servicios generales y de infraestructura», es decir, aquellos gastos que se encuentren vinculados directamente a la realización de la concreta actividad investigadora excluidos los de índole organizativa, estructural o financiera, que habrían de afrontarse igualmente aunque la actividad investigadora no tuviese lugar, sin que puedan imputarse como

un coste más prorrateado sobre la misma. Los contratos relativos a gastos correspondientes a «servicios generales y de infraestructura», al igual que los relativos a funciones o actividades distintas de las señaladas en la letra b) anterior, tal como las de docencia o asistenciales, no están incluidos en el ámbito objetivo de la disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP 2017 y, en consecuencia, rige para ellos el umbral general de la LCSP 2017.

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. 209 LCSP 2017, «*los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución*», y a la resolución del contrato se refieren varios dictámenes del Consejo Consultivo.

Son diez los dictámenes en materia de resolución contractual, que mantienen la doctrina sentada por el Consejo Consultivo[19], de los que cabe destacar los

19 Dictamen 6/2018, de 6 de febrero de 2018; Resolución del contrato administrativo especial para la prestación del servicio de bar municipal, suscrito por el Ayuntamiento de Morés (Zaragoza). Dictamen 32/2018, de 6 de febrero: Resolución de contrato de obra de «Acondicionamiento de la carretera A-1604. Tramo: Acceso a Boltaña. Clave: A-417-HU», suscrito por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes. Dictamen 114/2018, de 29 de mayo de 2018: Resolución parcial del contrato de concesión de obra pública denominado «redacción de proyectos, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de aguas residuales del Pirineo, zona P-2, río Gállego». Dictamen 121/2018, de 29 de mayo de 2018: Resolución del contrato de concesión para la gestión del servicio público de Residencia de Mayores y Centro de Día de la Villa de Biota «Víctor Orduna» celebrado por el Ayuntamiento de Biota (Zaragoza). Dictamen178/2018, de 18 de julio de 2018: Resolución parcial del contrato de concesión de obra pública denominado «redacción de proyectos, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de aguas residuales del Pirineo, zona P-4, Ríos Ésera y Noguera Ribagorzana». Dictamen 179/2018, de 18 de julio de 2018: Resolución del contrato de gestión y explotación del Hotel Museo Molino Alto, suscrito por el Ayuntamiento de Aliaga (Teruel). Dictamen 207/2018, de 24 de septiembre de 2018: Resolución del contrato de concesión de obra pública denominado «Redacción de proyectos, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de aguas residuales del Pirineo, zona P-1, Rio Aragón». Dictamen 212/2018, de 24 de septiembre de 2018: Resolución del contrato de concesión de obra pública denominado «Redacción de

dictámenes relativos a la resolución de los contratos de concesión de obras públicas de redacción de proyectos, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de aguas residuales del Pirineo[20]. En los que el Consejo Consultivo, sentada la premisa consistente en que no es posible la modificación de un contrato que suponga una alteración de las condiciones esenciales y teniendo en cuenta que en estos casos tal alteración iba a tener lugar, de haberse aprobado las modificaciones propuestas. Y si se considera justificado que no es posible la ejecución del contrato en los términos previstos de inicio, con respecto a las depuradoras a las que se refieren las propuestas de modificación que afectan directamente al resto de depuradoras, procede que se acuerde su resolución

proyectos, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de aguas residuales del Pirineo, zona P-3, Ríos Ara y Cinca». Dictamen 273/2018, de 30 de octubre de 2018: Resolución del contrato de obra para la ejecución del «Proyecto de Urbanización de la Unidad de Ejecución Única del Sector 1» suscrito por el Ayuntamiento de Utebo (Zaragoza). Dictamen 299/2018, de 10 de diciembre: Resolución del contrato de limpieza de edificios comarcales suscrito por la Comarca del Bajo Aragón.

20 Estas concesiones de obras traen causa del «Convenio de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y la Comunidad Autónoma de Aragón para la ejecución de actuaciones en la Comunidad Autónoma del Plan Nacional de Calidad de las Aguas: saneamiento y depuración 2008-2015 y del ciclo integral del agua», publicado en el *BOA*, 195, de 21 de noviembre de 2008. Tal Convenio contemplaba, en su cláusula Tercera b), como compromiso del Gobierno de Aragón, la realización de la gestión de la construcción y explotación de las obras listadas en el Anexo I, declaradas de interés general por la Administración General del Estado, que se realizarán bajo la modalidad de concesión de obra pública, siendo responsabilidad de la Comunidad Autónoma de Aragón la financiación, ejecución, gestión y control de la explotación y funcionamiento; y para el resto de las obras contempladas en el Convenio, se decía que correspondía a la Comunidad Autónoma de Aragón el desarrollo de las actuaciones necesarias para su efectiva ejecución. Las actuaciones se planificaron en el marco del denominado Plan Integral de Depuración del Pirineo Aragonés, cuyo desarrollo estaba previsto realizar mediante colaboración público privada, a través de cuatro contratos de concesión de obra pública. Los contratos se licitaron y adjudicaron durante los años 2009 y 2010 pero pronto empezaron a surgir todo tipo de dificultades para su desarrollo. En 2015, fecha en la que concluía el plan nacional en el que se enmarca, solo se habían construido y puesto en explotación 20 de las 297 instalaciones previstas. Las instalaciones ejecutadas, en la zona P2 correspondiente al río Gállego son la depuradora de Biescas y 19 correspondientes a pequeños núcleos integradas en el mismo nido o conjunto de instalaciones. El Gobierno de Aragón, en su reunión celebrada el día 20 de junio de 2017 tomó conocimiento de las resoluciones del presidente del Instituto Aragonés del Agua (de 21 y 28 de abril, 25 de mayo y 12 de junio del año 2017), por las que se desestimaba la modificación de los contratos de concesión de obra pública para la redacción de proyectos, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de aguas residuales en el Pirineo. En ese mismo acuerdo, se instaba al Instituto Aragonés del Agua a iniciar los trámites oportunos para disponer la resolución de los referidos contratos de concesión de obra pública.

en cuanto a tales depuradoras por la causa propuesta por el IAA (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato). Ahora bien —advierte el Consejo Consultivo de Aragón— aunque en las propuestas de resolución se afirma la concurrencia de tales causas y se hace una referencia a los expedientes de modificación de los contratos instruidos, al no obrar los mismos en la documentación recibida, el Consejo Consultivo no puede ratificar ni rechazar la concurrencia de esta causa. Y deja claro que solo procedería la resolución por esa causa, y no por incumplimiento de la concesionaria, si realmente las propuestas de modificaciones que se archivaron tuvieron su origen en una imposibilidad objetiva de ejecutar las presentaciones en los términos pactados, no en una mera inconveniencia económica de las contratistas. Y es que, no consta con claridad cuáles son esas causas y esas razones de interés público que determinaban la imposibilidad de ejecutar los contrato en sus estrictos términos. Porque si tales causas fuesen, a modo de ejemplo, las dificultades para obtener financiación del contratista, no nos encontraríamos ante la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, sino ante un incumplimiento del contratista con respecto a aquellas depuradoras cuya construcción no presentase obstáculos insalvables de carácter técnico o jurídico.

B. **Interpretación de los contratos**

El Consejo Consultivo se ha pronunciado en nueve ocasiones sobre la prerrogativa de la interpretación de los contratos[21]. Entre ellos destacan los dictámenes

21 Dictamen: 92/2018, de 24 de abril de 2018: Interpretación de la cláusula núm. 8 de los «Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación, en la modalidad de gestión de servicio público de la regulación de estacionamiento en la vía pública en la ciudad de Zaragoza por procedimiento abierto». Dictamen 105/2018, de 24 de abril de 2018: Interpretación de la condición esencial núm. 5, del Anexo XII de los «Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de las obras de sustitución de redes y pavimentación de la calle Padre Huesca, tramo de la calle Fatás a la calle de la Merced», en la ciudad de Huesca, así como al Pliego de Condiciones Técnicas del mismo contrato, en relación con la obligación de «realojo de vehículos en garajes particulares», durante la ejecución de los trabajos de las obras. Dictamen 126/2018, de 29 de mayo de 2018: Interpretación que debe darse a la cláusula 4.6.2 del «Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyectos y la construcción y explotación de las actuaciones necesarias para la depuración de aguas residuales de la «zona 07-A de la Comunidad Autónoma de Aragón, que comprende actuaciones en los municipios de El Burgo de Ebro, Cuarte de Huerva, Fuentes de Ebro, Pastriz, La Puebla de Alfinden, Alfajarín, Nuez de Ebro, Villafranca de Ebro, Escatrón, Gelsa, Pina de Ebro, Quinto, Sastago, La Zaida y Caspe», en relación con el reajuste de los volú-

sobre la interpretación que debe darse a la cláusula 4.6.2 de los PCAP de diversos contratos de concesión de obras públicas para la redacción de proyectos y la construcción y explotación de las actuaciones necesarias para la depuración de

menes depurados. Dictamen 133/2018, de 29 de mayo de 2018: Interpretación que debe darse a la cláusula 4.6.2 del «Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyectos y la construcción y explotación de las actuaciones necesarias para la depuración de aguas residuales de la «zona 04-06 de la Comunidad autónoma de Aragón, que comprende actuaciones en los municipios de Ayerbe, Biota, Gurrea de Gállego, Sádaba, San Mateo de Gállego, Sos del Rey Católico, La Sotonera, Uncastillo, Villanueva de Gállego, Zuera y Zuera (Ontinar de Salz)», en relación con el reajuste de los volúmenes depurados. Dictamen 138/2018, de 29 de mayo de 2018: Interpretación que debe darse a la cláusula 4.6.2 del «Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyectos y la construcción y explotación de las actuaciones necesarias para la depuración de aguas residuales de la «zona 9 de la Comunidad autónoma de Aragón, que comprende actuaciones en los municipios de Estercuel, Oliete, La Puebla de Hijar, Samper de Calanda, Hijar, Urrea de Gaen, Azuara, Belchite, Lécera, Aliaga, Escucha, Martín del Rio y Muniesa», en relación con el reajuste de los volúmenes depurados. Dictamen 241/2018, de 24 de septiembre de 2018: Interpretación que debe darse al contrato de concesión administrativa de la gestión del servicio municipal del agua y alcantarillado del municipio de Zuera (Zaragoza) en relación con el canon de la concesión «en concepto de utilización del suelo y uso de instalaciones que el Ayuntamiento entrega para su aprovechamiento y gestión al concesionario». Dictamen 254/2018, de 30 de octubre de 2018: Interpretación del Pliego de prescripciones técnicas del contrato de concesión de obra pública para la realización del proyecto, construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para la depuración de aguas residuales de los municipios de Utebo, La Joyosa, Pinseque, Sobradiel, Torres de Berrellén y Zaragoza (Casetas, Garrapinillos y Villarrapa). Dictamen 319/2018, de 10 de diciembre de 2018: Interpretación que debe darse a la cláusula tercera del «contrato suscrito por el Ayuntamiento de La Muela, de servicios de letrado para el ejercicio de la acusación particular en el procedimiento conocido como Operación Molinos», así como a las clausulas quinta, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios de asistencia jurídica y judicial al Ayuntamiento de La Muela, por procedimiento negociado sin publicidad, primera, segunda y tercera, del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios de asistencia jurídica y judicial al Ayuntamiento de La Muela, en relación con el alcance del objeto del contrato a la vista de la sentencia 213/2018 del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 2471/18, por la que se acuerda la nulidad parcial del procedimiento, debiendo reponerse al momento del comienzo de las sesiones de la vista del juicio oral contra alguno de los acusados en dicho procedimiento, y mas concretamente en relación a aquellos contra los que el Ayuntamiento de La Muela formuló acusación. Dictamen 320/2018, de 10 de diciembre de 2018: Interpretación que debe darse a la cláusula 4.6.2 del «Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyectos y la construcción y explotación de las actuaciones necesarias para la depuración de aguas residuales de la «zona 08-B de la Comunidad Autónoma de Aragón, que comprende actuaciones en los municipios de Alhama de Aragón, Aniñón, Arándiga, Ariza, Cetina, El Frasno, Ibdes, Jaraba, Maluenda, Miedes de Aragón, Moros, Saviñán, Terrer, Torrijo de la Cañada, Villarroya de la Sierra, Brea de Aragón, Illueca, Jarque y Gotor», en relación con el reajuste de los volúmenes depurados.

aguas residuales[22]. El régimen de pagos de estos contratos se regula en la Cláusula 4.6 del PCAP. La cláusula 4.6.1 concreta las Tarifas, la cláusula 4.6.2 trata sobre la retribución del concesionario y la cláusula 4.6.3 regula la revisión de Precios o Tarifas. En este régimen económico se prevé una retribución al concesionario consistente en el pago de una tarifa establecida en función del volumen de agua realmente depurada en cada una de las instalaciones en funcionamiento. La tarifa se estructura en 2 tramos, A y B. El tramo A va desde cero hasta una cantidad determinada de metros cúbicos al día. Cada metro cúbico se retribuye con una tarifa específica en función de la instalación que se trate. El tramo B o segundo tramo parte del tramo A, hasta un segundo límite de metros cúbicos diarios, y se retribuye conforme a una tarifa inferior al tramo A, hasta un límite de un incremento del 10 % del caudal de diseño, exceso por el que no se devengará cobro de tarifas. En este sentido la retribución por m³ del tramo A es superior a la del tramo B puesto que aquel tiene como finalidad cubrir los costes fijos de la concesión, mientras que el segundo remunera los costes variables del contrato. La diferencia de precio entre facturar los servicios de depuración en el tramo A o en el tramo B es sustancial. El PCAP, en la regulación del régimen de pagos al concesionario, señala una fórmula de retribución que resulta de la suma de los precios pagados por el agua depurada dentro del tramo A y la correspondiente al tramo B; la razón de esta diferenciación estriba en que el tramo A está calculado para cubrir los costes fijos de la concesión (amortizaciones, cargas financieras, mantenimiento en general, etc.), y por ello debe ser una cantidad más o menos constante, y el tramo B vendría fundamentado en la retribución de costes variables, asegurando un flujo económico cierto al contratista que garantiza la continuidad del contrato de concesión. El Consejo considera que el PCAP es claro y diáfano. La cláusula 4.6.2 del PCAP, es clara: los volúmenes aplicables al tramo A –y los del tramo B en concordancia– *podrán* reajustarse sobre una base como máximo anual, coincidiendo con los ciclos de revisión de tarifas, teniendo en cuenta siempre los días de funcionamiento real en el período de que se trate. Y es evidente que podrán reajustarse cuando deban reajustarse, porque exista necesidad de ello. Es decir, no existe en la cláusula 4.6.2 del PCAP oscuridad o ambigüedad que impida una interpretación unívoca del mismo, antes bien y al contrario existe claridad. Cuestión distinta, es que se desconocen las razones que han llevado al IAA al reajuste anual de los volúmenes en un sentido diferente al establecido por el PCAP. Pero ese precedente, en la forma de aplicar los reajustes, no puede servir de amparo para seguir manteniendo un criterio

22 El Dictamen 126/2018, de 29 de mayo de 2018, el primero de los dictámenes sobre esta cuestión, se publica íntegramente en el apartado «Documentación» de este *Anuario*.

que es contrario al propio PCAP; pues de admitirse tal posibilidad, estaríamos admitiendo, por la mera razón del precedente o la costumbre, actuaciones contrarias a la norma que las regula. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido obligacional, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que concurrieron al procedimiento de licitación en el entendimiento de que contenido de la cláusula 4.6.2 del PCAP, establece una posibilidad en función de determinadas circunstancias, pero no una obligación anual de llevar a cabo reajustes entre los tramos A y B. Y, aunque es cierto que el órgano de contratación no puede ir contra sus propios actos, no existe aquí una manifestación de tal principio, pues de la propuesta de interpretación se deriva que no se ven afectadas las resoluciones anteriores sobre reajustes que ha llevado a cabo el órgano de contratación. Y los actos aprobatorios de los reajustes de cada anualidad se agotan en su propio cumplimiento, no crean ni generan derechos hacia el futuro porque no son actos declarativos de derechos que vinculen al órgano de contratación.

C. **Revisión de oficio de contratos**

La revisión de actos preparatorios o de actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, según el art. 41 LCSP 2017, se rige por el régimen común establecido en el Capítulo I del Título V de la LPAC. Al igual que hacía la LCSP 2007, en su art. 34 que remitía al régimen común del capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, limitándose a sentar la competencia del órgano de contratación, sin perjuicio de que las normas autonómicas puedan atribuirla a otro órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa. Son varios los dictámenes del Consejo Consultivo en esta materia[23]. En relación con los procedimientos de revisión de oficio por parte de la

23 Dictamen 204/2018, de 24 de septiembre de 2018: Revisión de oficio por parte de la Diputación Provincial de Zaragoza de diversas actuaciones de contratación y facturación. Dictamen 208/2018, de 24 de septiembre de 2018: Revisión de oficio por parte de la Diputación Provincial de Zaragoza de diversas actuaciones de contratación y facturación. Dictamen 227/2018, de 24 de septiembre de 2018: Revisión de oficio del coeficiente de actualización «C» contenido en la cláusula 42.2 del «pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación por procedimiento abierto para la selección de un socio privado que participe con el ayuntamiento de Zaragoza en la constitución de la sociedad de economía mixta que gestionará, en régimen de servicio público, la construcción, explotación y mantenimiento de la línea 1 del tranvía de Zaragoza». Dictamen 276/2018, de 30 de octubre de 2018:

Diputación Provincial de Zaragoza de diversas actuaciones de contratación y facturación, el Consejo Consultivo analiza, en primer lugar, el órgano competente para declarar la nulidad de pleno derecho de las actuaciones objeto de la revisión de oficio. En las propuestas de resolución se afirma que es el Pleno de la Diputación el órgano al que le corresponde resolver sobre la revisión de oficio objeto de este dictamen, por analogía con lo dispuesto en la LBRL cuando atribuye al órgano plenario ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la Corporación en materias de competencia plenaria, así como la declaración de lesividad de actos anulables. Es cierto que, con excepción de los actos dictados en vía de gestión tributaria, la LBRL no atribuye expresamente a ningún órgano de las entidades locales la competencia para la revisión de oficio, motivo por el que en la propuesta de resolución se alude a la analogía; pero no se hace referencia al art. 136.3 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (LALA), que dispone que «la revisión de oficio, así como la declaración de lesividad cuando proceda de acuerdo con la legislación reguladora del procedimiento común, se acordará por el Pleno de la Corporación o el órgano colegiado superior de la entidad». Precepto que expresamente vendría a apoyar la tesis recogida en las propuestas de resolución. Sin embargo, el Consejo Consultivo considera que el órgano competente para la revisión de oficio es el Presidente de la DPZ, y no el Pleno, porque el art. 136.3 de la LALA, así como el uso de la analogía en el sentido expuesto en la propuesta de resolución, es aplicable en los supuestos de revisión de oficio con carácter general. No obstante, así como la propia LBRL (art. 110) establece expresamente a qué órgano corresponde la revisión de oficio en un ámbito específico, el de los actos de gestión tributaria (atribuyéndosela al Pleno), en este caso, las actuaciones que se pretenden revisar, también se corresponden con un ámbito específico del régimen jurídico del sector público, el de la contratación, con su normativa propia y especial, como reconoce implícitamente la propuesta de resolución, al considerar aplicable el régimen de invalidez de los contratos previsto el art. 41.3 de la LCSP establece que «serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública [...]». Y la Disposición Adicional Segunda de la LCSP distribuye las competencias como órgano de contratación de las entidades locales entre los Alcaldes o Presidentes y el Pleno, en función de, entre otros criterios, el porcen-

Revisión de oficio de los actos del procedimiento de contratación de la concesión para la gestión del servicio público e Residencia de Mayores y Centro de Día de la Villa de Biota «Victor Orduna», suscrito por el Ayuntamiento de Biota (Zaragoza). Dictamen 288/2018, de 30 de octubre de 2018: Revisión de oficio de la Diputación Provincial de Zaragoza de diversas actuaciones de contratación y facturación.

taje de los recursos ordinarios del presupuesto que suponga el importe del contrato. De la documentación remitida a este Consejo se desprende que el órgano de contratación (en caso de que se hubiera tramitado el procedimiento de licitación) es el Presidente de la DPZ, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 41.3 de la LCSP, consideramos que la competencia para revisar de oficio las actuaciones controvertidas le corresponde a la Presidencia de la Diputación, y no al Pleno. En el plano de las consideraciones de fondo, el Consejo señala que nos encontramos ante la presentación de un grupo de facturas, emitidas por varias entidades mercantiles con motivo de diversos servicios y suministros prestados, sin que exista trámite alguno de los previstos legalmente para la celebración de contratos del sector público. Sin embargo, al haberse prestado efectivamente los servicios y suministros recogidos en las facturas emitidas, y para evitar una situación de enriquecimiento injusto por parte de la Administración, la DPZ inicia los procedimientos de revisión de oficio (siguiendo la pauta indicada por su Intervención) para la declaración de nulidad de las «actuaciones contractuales» y, posteriormente, el reconocimiento extrajudicial de los créditos a favor de las entidades prestadoras de los servicios o suministros. Al respecto de la posibilidad de utilizar este cauce, se pronunció el Consejo de Estado en algunos de sus dictámenes, entre ellos el Dictamen núm. 1724/2011, de 21 de diciembre, en el que concluyó que debía desestimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada para obtener una indemnización por unos servicios prestados, al entender que no era la vía adecuada. De la documentación obrante en el expediente y de las circunstancias recogidas en los antecedentes de hecho de este dictamen, se desprende que no se ha realizado ningún trámite de los previstos en el TRLCSP, en concreto: la emisión de certificado de existencia de crédito, la elaboración del pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato, la tramitación y aprobación del expediente de contratación, la apertura y tramitación del procedimiento de adjudicación y, finalmente, la formalización del contrato. Y, en algunos de los casos sometidos a dictamen, las facturas son de importe inferior a 17999 euros, que es el límite fijado en el art. 138.3 del TRLCSP para calificar los contratos distintos de los de obras como contratos menores; sin embargo, a juicio de la Intervención de la DPZ, esas facturas, unidas a otras del mismo ejercicio y por los mismos conceptos, superan aquel límite establecido en la ley, por lo que no pueden considerarse contratos menores. Y, añade el Consejo Consultivo, que, aún si se tratase de contratos menores, tampoco consta que se hayan cumplido los trámites previstos legalmente, en concreto, lo dispuesto en el art. 111 del TRLCSP, que exige en aquellos casos «la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente». Por lo cual dictamina favorablemente la revisión de oficio.

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 2018.

I. LEGISLACIÓN

1. Servicios Públicos

Si bien el objetivo de este epígrafe no es otro que dar cuenta de las novedades legislativas en materia de servicios públicos, el rol de legislador negativo que desempeña nuestro Tribunal Constitucional induce a introducir en estas líneas un breve comentario de la reciente STC 137/2018, de 13 de diciembre, por su directa incidencia en la materia que nos ocupa.

En la edición anterior hicimos referencia a la previsión contenida en el art. 14.1.u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza, por la que se atribuía al Gobierno de Zaragoza la formación de la voluntad del Ayuntamiento como socio único en las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza, asumiendo las funciones de la Junta General, cuyo contenido calificamos de polémico. Contra dicha controvertida previsión se interpuso recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno que ha sido resuelto mediante STC 137/2018, de 13 de diciembre.

La STC estima el recurso de inconstitucionalidad y declara la nulidad e inconstitucionalidad del mencionado art. 14.1.u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017. Para ello parte de la previsión contenida en el art. 123.1.k) de la LRBRL que atribuye al Pleno la adopción del acuerdo de creación de sociedades mercantiles para la gestión de los servicios de competencia municipal y del art. 85 ter.3 LRBRL que remite a los estatutos societarios la determinación de la forma de designación y funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración. De forma que si bien la normativa básica estatal no impone que el pleno se haya de constituir necesariamente en Junta General ni prohíbe que las funciones de la Junta de la sociedad mercantil sean ejercidas por la Junta de Gobierno Local, si que reserva a los textos estatutarios esta decisión, que deberá tener en cuenta el ordenamiento jurídico privado por el que se rigen.

En las sociedades mercantiles locales unipersonales, el fundador de la sociedad es el Ayuntamiento, que expresa su voluntad a través del Pleno, siendo los estatutos societarios la manifestación más acabada de la voluntad del fundador. La voluntad fundacional no puede constreñirse a la mera aprobación de un acuerdo de creación de la sociedad abstracto o vacío de contenido. La escritura publica que formaliza el acto de constitución ha de incorporar como parte necesaria de su contenido los estatutos, siendo inherente a la voluntad fundacional el otorgamiento de escritura publica comprensiva de los estatutos sociales, que entre otros extremos han de establecer el modo de organizar la administración de la sociedad.

Tanto el ordenamiento jurídico estatal público como el privado encomiendan esta decisión a la voluntad del socio fundador que en las sociedades mercantiles locales unipersonales no es otro que el Ayuntamiento Pleno. A juicio del TC el art. 14.1.u) objeto de controversia no se opone literalmente al art. 123.1.k) LRBRL pero materialmente entra en contradicción con la normativa básica al reducir el acuerdo de creación de la sociedad mercantil local a un acto vacío de una parte del contenido fundacional que le es propio. En particular contradice lo dispuesto por el art. 85 ter bis al impedir que el pleno decida, al aprobar los estatutos de la sociedad, cual es la «forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración así como los máximos órganos de dirección de las mismas».

Por otra parte, si bien no nos encontramos ante la regulación de un servicio público en sentido estricto, siendo clásica su caracterización por la doctrina como «servicio público virtual o impropio» o como «actividad sujeta a reglamentación», dado que la satisfacción de las necesidades que persigue constituye una indiscutible responsabilidad publica damos breve noticia de la aprobación de la Ley de las Cortes de Aragón 5/2018, de18 de abril, del taxi.

La Ley establece el régimen jurídico de los usuarios, los títulos habilitantes para el ejercicio de la actividad y su régimen jurídico, atribuyendo a los Ayuntamientos el otorgamiento de las licencias y la determinación de su número en función de una serie de criterios, destacando la población. Se regula exhaustivamente el régimen de transmisión de los títulos habilitantes y su extinción. Establece la dualidad de títulos habilitantes para la prestación del servicio, en servicio urbano e interurbano, determinado que solo las personas físicas podrán ser titulares de licencias, a excepción de los municipios de menos de 10 000 habitantes en los que podrán serlo personas jurídicas. Asimismo regula el régimen jurídico de los servicios a prestar distinguiendo entre los de naturaleza discrecional y regular tanto general como especial.

2. Contratos de servicios

El art. 118 LCSP posibilita la tramitación de un expediente de contrato menor en los contratos de servicios de valor estimado inferior a 15 000 euros, estableciendo la necesidad de justificar que el contratista no haya suscrito otros contratos menores que individual o colectivamente supere el mencionado importe.

Al objeto de clarificar el alcance de dicha disposición en el ámbito de la CA de Aragón se ha dictado el Decreto-ley 1/2018, de 20 marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía que procede a la modificación del art. 4.2 de la ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón. En concreto dispone que la licitación podrá ser objeto de publicidad en el perfil del contratante, siendo el plazo de presentación de ofertas no inferior a 5 días hábiles a contar desde su publicación en dicho perfil y expresamente establece que los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento.

II. JURISPRUDENCIA

1. Servicios públicos

A. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

a) *Sentencia 119/2017 de 7 de marzo de 2018 (JUR/2018/124255). Resolución del contrato e indemnización*

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto frente la resolución del Director General de Deporte del GA por la que se deja sin efecto

el *quantum* indemnizatorio del contrato de servicios del bar restaurante del Parque Deportivo Ebro.

La resolución recurrida sostiene que el contrato de servicios concluido por la DGA y el actor, con fecha 11 de mayo de 2010, para la prestación del bar restaurante del Parque Deportivo Ebro hasta el 31 de diciembre de 2013 no fue resuelto por el órgano de contratación sino que se extinguió por cumplimiento al finalizar dicho plazo; que al no haberse resuelto es improcedente la aplicación del art. 284 LCSP; que el contrato estuvo suspendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2013; que si bien inicialmente se estimó procedía determinar el *quantum* indemnizatorio correspondiente al 10 % de las prestaciones dejadas de realizar, por importe de 19 342 euros, tras informe de la intervención delegada y de la documentación acreditativa de dichos daños presentada por el adjudicatario, se comprueba que estos no quedan acreditados y se deja con carácter definitivo la propuesta de *quantum* indemnizatorio.

Los hechos se sucedieron de la siguiente forma:

Con fecha 5 de diciembre de 2012 se dicta Instrucción del Director General de Deporte por la que se procede al cese de la actividad y cierre del parque deportivo Ebro. En ella se acuerda proceder a la rescisión de todos los contratos vigentes. Tras ello se dicta resolución de 26 de diciembre de 2012 por la que se acuerda la resolución del contrato, que es objeto de recurso de reposición que es parcialmente estimado, declarando nulo el acto recurrido.

El 5 de abril de 2013 el Director General acuerda la suspensión del contrato y el inicio de trámites para su extinción, frente a lo que el adjudicatario presenta alegaciones y solicita indemnización por suspensión y resolución unilateral.

El 19 de agosto de 2013 el Director General dicta resolución por la que resuelve el contrato por imposibilidad de ejecución, con efectos 1 de enero de 2013, y de acuerdo con el art. 2016.g) LCSP establece una indemnización en concepto del 10 % de prestaciones dejadas de realizar.

El 13 de enero de 2014 el Director General declara la caducidad del procedimiento y el 3 de febrero de 2014 acuerda iniciar expediente indemnizatorio para determinar el *quantum* de conformidad con los arts. 203.2 y 285 LCSP.

El 21 de noviembre de 2014 el Director General acuerda requerir al contratista a presentar documentación justificativa de los daños sufridos por la suspensión y tras la pretensión de este de determinarla en 64.957 euros, mediante la resolución recurrida de febrero de 2015 el Director General deja sin efecto la propuesta de *quantum* indemnizatorio.

La Sala considera que la extinción del contrato solo cabe por incumplimiento o resolución, por mor del art. 204 LCSP de 2007 y no se ha cuestionado

que el contratista no pudo realizar la prestación que le había sido adjudicada, en el plazo previsto. No se dictó acto de modificación del contrato ni se acordó la resolución del contrato.

Lo que queda acreditado es que el Director General acordó la suspensión del contrato con efectos 1 de enero de 2013, acordándose además el inicio de los trámites para su extinción. La declaración de caducidad no invalida este pronunciamiento.

Queda de manifiesto que la Administración incumplió el plazo contractual, que era de naturaleza esencial, apareciendo como tal en las obligaciones esenciales del contrato contenidas en el Anexo VIII del PCAP, comprometiéndose con ello el contratista a la adscripción de medios durante todo el plazo de ejecución siendo su incumplimiento causa de resolución en virtud del art. 206.g), que conlleva la determinación del pago de los daños y perjuicios en virtud del art. 208.3 LCSP. Practicada prueba pericial, en la que el dictamen estima insuficiente la documentación aportada por el contratista para determinar los daños por contratación de suministros y fija el lucro cesante en 49 600 euros, la Sala estima indemnización en dicho importe y por dicho concepto.

b) ***Sentencia 271/2018, de 18 de mayo de 2018 (JUR/2018/209329). Inexistencia de acto tácito de adjudicación***

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido frente a Sentencia que inadmitió recurso interpuesto frente a una presunta adjudicación tácita de un contrato de explotación de la plaza de toros.

La Sentencia de instancia inadmite el recurso por considerar que concurre el supuesto previsto en el art. 69.c) de LJCA, en relación con el art. 25, de falta de acto impugnable, al entender que no se dio la tacita adjudicación aducida por la actora al existir con posterioridad un expreso acto de adjudicación que devino consentido y firme. No obstante, conoce del fondo del asunto y confirma la exclusión del recurrente del procedimiento licitatorio por haber incluido documentación correspondiente al sobre 3 en el sobre número 2.

La Sala confirma la inadmisión del recurso por considerar que no nos hallamos en presencia de un acto tácito por las circunstancias acaecidas en el acto de presentación pública del cartel de la Feria taurina de Teruel correspondiente a la Feria del Ángel.

Afirma la Sala que no cabe deducir de una presentación publica del cartel de la Feria Taurina por la empresa que luego resultó adjudicataria, la existencia de una adjudicación reservada oral previa, al margen de todo procedimiento, pues ocurre que la empresa que resultó adjudicataria luego, era la misma que hasta ese momento tenia concedida la explotación de la plaza de toros. A su juicio re-

sulta excesivo deducir de la mera presencia de un representante de la Administración en el acto de presentación público por parte de la adjudicataria, la voluntad de la Administración en la adjudicación del contrato de explotación que luego, pocas fechas después, se produjo.

Frente a la presunción de existencia de acto tácito presuntamente derivada del mencionado acto de presentación por quien resultó finalmente adjudicataria y que en ese momento también lo era, considera razonable que la empresa que resultó adjudicataria y, por ende renovó la concesión, culminara con anterioridad los correspondientes contratos con quienes debían protagonizar los festejos que luego se ofertaron.

En consecuencia desestima el recurso de apelación.

c) ***Sentencia 344/2018, de 25 de junio* (*JUR/2018/311580*). *Revisión de precios. Aplicación de las D.T. 1ª y 2ª de la Ley 30/2007. Inclusión de la mano de obra***

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido frente a Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 4 de Zaragoza que estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud de la aprobación de la revisión de precios de los años 2010 y 2011 del contrato de «gestión del servicio público de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos urbanos en el t.m. de Zaragoza». La Sentencia de instancia reconoció el derecho de la recurrente a la revisión de precios pretendida sin aprobar la inclusión de dos conceptos que debían ser excluidos, la variación por mano de obra y la aplicación del montante real de las Tn. de residuos recogidas el año 2010 y 2011, permitiendo la revisión automática permitida en el art. 11.5 del PCAP respecto del precio de la tonelada por recogida y transporte de residuos.

La Sala va a modificar la doctrina contenida en anteriores pronunciamientos, en particular la ST 199/2016, dadas las peculiaridades de la *litis* planteada y el planeamiento o fundamentación que se realiza por la recurrente.

La cuestión radica en la interpretación de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la Ley 30/2007 en relación con la aplicación de esta a los expedientes de contratación iniciados antes de su entrada en vigor y la aplicación de las fórmulas de revisión vigentes, con exclusión de la variación de precios de la mano de obra, en tanto no se aprueben por el Consejo de Ministros unas nuevas fórmulas de revisión.

En el supuesto controvertido no se discute que nos encontramos ante un contrato de concesión de gestión de servicio público, adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, por lo que habrá de regirse en cuanto a efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y prorrogas por la

normativa anterior. La controversia versa sobre si la regla general, por la que la revisión de precios encuadrada en los efectos del contrato, ha de regirse por el TRLCAP, se encuentra excepcionada por la D. T. II respecto de la variación de precios de la mano de obra. La Sala adelanta su criterio de que no es así, por lo que reconsidera su anterior doctrina.

A juicio de la Sala, la D.T. II, puesta en relación con el art. 79 LCSP, no se establece como excepción a lo establecido en la D.T. I sino que regula las revisiones de precios de contratos a los que ya les es de aplicación la nueva ley, siéndoles aplicable por ello lo previsto en ella respecto de la revisión de precios, en concreto la exclusión en las nuevas fórmulas que se establezcan del coste de la mano de obra. Los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP han de ajustarse a las fórmulas establecidas en el mencionado art. 79 LCSP.

En los contratos de obras y fabricación de suministros y bienes de equipo del Ministerio del Ejercito, sujetos a fórmulas de revisión de precios aprobados por el Consejo de Ministros mediante el Decreto 3650/1970 mencionado en la D.T. II, en tanto no se adecuen las mismas a la nueva LCSP, continuarán siendo de aplicación estas en tanto no se aprueben unas nuevas, si bien con la exclusión de la mano de obra a partir del año de la entrada en vigor de la Ley 30/2017.

Si el legislador hubiera querido excepcionar la regla general establecida en la D.T. I hubiera incluido la excepción dentro de ella. La D.T. II resulta de aplicación a los contratos sujetos a la nueva ley, de forma que la previsión contenida en su apdo. 2, por la que si en el plazo de un año no se aprueban nuevas fórmulas de revisión de precios ajustadas a la nueva Ley procederá la aplicación de las vigentes con exclusión de la mano de obra, solo es de aplicación a estos.

A juicio de la Sala, la D.T. I opta por la aplicabilidad a los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la ley de la normativa por la que se regían, de acuerdo con las cláusulas que conforme a esta regulaban la correspondiente contratación, por lo que habrá de estarse a la formula de revisión de precios pactada en ellas.

Es por ello por lo que dado que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicio público adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, se rige en virtud de la D.T. I, en lo que se refiere a la revisión de precios por lo establecido en las cláusulas del PCAP y PTT que con amparo en el TRLCAP contempla en la formula de revisión de precios establecida el coste de la mano de obra.

En consecuencia en relación con este motivo de impugnación estima el recurso planteado.

En relación con la exclusión de la revisión de precios acordada en la sentencia de instancia de la aplicación del montante real de las Tn de residuos recogidos en los años 2010 y 2011, la Sala llega a una conclusión absolutamente diferente.

Analizado el tenor del apdo. 5 de la cláusula 11 del PCAP, la Sala considera que resulta reglada la revisión de las toneladas recogidas, establecidas en 245 000 t/año, los años 4, 7 y 10 de la vigencia del contrato. Fuera de esos supuestos dicha revisión podrá realizarse cuando exista una disminución superior al 10 % de las toneladas recogidas, siendo por lo tanto una mera posibilidad. Es por ello por lo que rechaza la revisión de precios propuesta por la actora, que consideraba la posibilidad descrita como imperativa, y asume la realizada por esta de forma subsidiaria, en las que no se modificaba el montante de toneladas previsto en los pliegos,

d) ***Sentencia 343/2018, de 25 de junio.*** (***JUR/2018/307536***). ***Revisión de precios. Inclusión mano de obra. Limite del 85 % del IPC. Disposición Transitoria I***

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido frente a Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 5 de Zaragoza estimatoria del recurso contencioso interpuesto frente a la desestimación presunta de la solicitud de aprobación de revisión de precios correspondientes a los años 2012 y 2014 del contrato de «gestión de servicio público de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos urbanos en el t.m. de Zaragoza.

Al igual que en la sentencia anterior se cuestionaba la exclusión de la formula de revisión de precios pactada del concepto de mano de obra, llegando a idénticas conclusiones que las contenidas en aquella, a la que nos remitimos.

En relación con la supuesta imposibilidad de que la revisión de precios supere el 85 % de la variación del IPC conforme a lo establecido en el art. 78. LCSP, la Sala desestima el recurso por considerar que será de aplicación la D.T. I, sin que se exista previsión transitoria respecto de del porcentaje del 85 % del IPC.

e) ***Sentencia 360/2018, de 29 de junio*** (***JUR/2018/317001***). ***Inexistencia de incumplimiento por el contratista***

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto frente a Orden del Consejero de Sanidad de GA por la que se deniegan dos solicitudes de abono de facturas impagadas por servicios prestados en el servicio público de transporte sanitario terrestre.

No se discute ni la realidad de la demora en el pago por parte de la Administración ni los criterios de cálculo que permiten extraer las cuantías que se reclaman. La cuestión controvertida consiste en determinar si el contratista cumplió

con sus obligaciones legales y contractuales, en relación con la exactitud de las sumas giradas en un determinado momento del contrato, como consecuencia de las dudas que se ciernen con motivo de la incoación de un procedimiento penal por estafa frente a la entidad contratista.

La Sala expone que la vida del contrato se extiende entre el 1 de septiembre de 2008 hasta el 19 de diciembre de 2014, habiendo existido dos prórrogas. Las cuantías que se cuestionan corresponden a tres mensualidades del año 2012, con lo que resalta que los incumplimientos de la actora no fueron obstáculo para ulteriores prorrogas. Junto a ello una vez finalizado el contrato fueron devueltos los avales prestados como garantía definitiva, dando la Administración por debidamente cumplido el contrato. Asimismo destaca que todo lo facturado terminó siendo satisfecho, dando lugar lo erróneamente facturado a los correspondientes abonos por compensación con posterioridad, con cargo a los posteriores periodos girados.

En consecuencia la Sala entiende que no hay incumplimiento de obligación por parte de la actora contratista, al anunciar el ministerio fiscal en el procedimiento penal tramitado por estafa que no existe daño alguno para el erario público. Asimismo las discordancias y errores en la facturación han sido corregidos a lo largo de la vida del contrato y satisfechas las cantidades debidas como principal, con sus correspondientes abonos y compensaciones, por lo que procede a estimar el recurso y a establecer que procede determinar la cuantía del deber de la administración de abonar intereses por cumplimiento tardío.

f) *Sentencia 441/2018, de 17 de septiembre de 2018 (JUR/2018/317006). Restablecimiento del equilibrio económico de la concesión.* **Factum principis**

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta de la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato para la gestión del servicio público de explotación, gestión y mantenimiento de la estación de ITV ubicada en el polígono de Malpica de Zaragoza.

La actora aduce que actuaciones de la Administración posteriores a la adjudicación del contrato, consistentes en la autorización de apertura de nuevas instalaciones de ITV, le produjeron graves perjuicios económicos y en consecuencia reclama el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

La Sala inicia su argumentación recordando que dado el tenor del RDL 7/2000, de 23 de junio, la existencia de una premisa de liberalización de la actividad no podía desconocerse por una empresa que concurría a la adjudicación de un contrato de prestación de servicio de ITV. Asimismo recuerda que el Decreto 226/1998, de 23 de diciembre, vigente en el momento de la adjudicación del

contrato a favor de la actora, recogía la construcción de nuevas estaciones en las distintas zonas concesionales. Es por ello por lo que rechaza la argumentación de la imprevisibilidad de la producción de nuevas aperturas de estaciones de ITV.

Desde dicha premisa la Sala resalta que el PCAP exigía que los participantes en la licitación debían incluir un estudio de la viabilidad económica y la racionalidad de la explotación del servicio. En consecuencia la actora debió hacer sus estudios al presentar la oferta y también cuando se prorroga el contrato. Junto a ello destaca que del expediente obrante en autos se desprende que si bien se asume la producción de una modificación del status quo existente en el momento de la adjudicación también se acredita que como consecuencia de ello se acordó la prórroga del contrato por un periodo idéntico al inicialmente adjudicado.

La doctrina del *factum principis*, a juicio de la Sala, resulta de aplicación en los supuestos de adopción por la Administración de decisiones generales sobre materias ajenas al contrato pero con incidencia grave en el mismo. En el supuesto enjuiciado dichas circunstancias no concurren ya que la actora concreta el hecho determinante de aplicación de dicha doctrina en la decisión del GA de apertura de nuevas estaciones de ITV en la zona de influencia de la estación de Malpica y la actora no podía entender imprevisible la apertura de nuevas estaciones tras la declaración contenida en la RDL 7/2003 y en el Decreto 226/1998.

Por otra parte a juicio de la Sala el equilibrio económico es una formula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura al objeto de impedir que dicha excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario. No concurren los supuestos previstos en el art. 248.2 del RDL 2/2000 de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, de forma que rechaza la producción del supuesto de modificación por interés público de las condiciones de explotación de las obras, ni se trata de una situación de fuerza mayor, ni cabe apreciar una actuación administrativa determinante de forma directa de la ruptura sustancial de la economía de la concesión, que por otra parte ha seguido obteniendo beneficios.

En consecuencia desestima el recurso.

g) ***Sentencia 448/2018, de 21 de septiembre* (*JUR/2018/316296*). *Inclusión de mejoras que no supongan coste adicional para el Ayuntamiento. Las aclaraciones solicitadas por la Mesa de Contratación no pueden suponer una modificación de la oferta***

Dictada con motivo de recurso de apelación contra Sentencia estimatoria parcialmente del recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Terrer por el que se adjudico el contrato de gestión del servicio público de agua y saneamiento del municipio, anulándolo y acordando la retroacción del expediente para que por el Ayuntamiento se diera un nuevo plazo a las tres participantes,

al entender que las mejoras que se proponen deben incluirse en los costes de la explotación que sirven para determinar el canon y en caso de ser a fondo perdido deben incluirse expresamente con coste cero.

La cláusula 26.8 del PCAP establecía la posibilidad de un plan de mejoras y aportaciones debiendo incluir el coste de las mejoras ofertadas dentro del coste del servicio no pudiendo representar ningún coste adicional para el Ayuntamiento ni dar lugar incrementos adicionales sobre el ofertado. Junto a ello la cláusula 27 establecía que el estudio económico y de costes del servicio debía incluir el detalle del cálculo, especificando individualmente los diferentes conceptos de ingresos y de gastos.

La Mesa de contratación observa que el estudio económico de costes del servicio presentado por una de las licitadoras no incluye el coste de las mejoras y tampoco la dotación para amortizaciones y entiende que incumple por ello el PCAP. La Sentencia de instancia, por su parte, entiende igualmente que la licitadora excluida no cumplió con las exigencias del pliego, y tras relacionar el contenido de las mencionadas cláusulas con el de la cláusula 11 sobre el derecho del concesionario de obtener la compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión, procede a estimar en parte el recurso.

La Sala confirma el criterio del Juzgador de instancia pero rechaza las consideración de este por la que siendo posible realizar una interpretación razonable de los pliegos por la que se ofrecían por la licitadora excluida mejoras a fondo perdido y por ello no debían figurar en el calculo de gastos, acuerda la retroacción del procedimiento en aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación, y ello por considerar que supone admitir que el incumplimiento del PCAP puede repararse, conclusión contraria al art. 146 del RDL 3/2011.

En todo caso de conformidad con el art. 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, las respuestas a las aclaraciones solicitadas por la Mesa de contratación no pueden suponer en ningún caso una modificación de los términos de la oferta, y es lo que sucedería si un licitador introduce en la misma un elemento que debería haber precisado en el calculo de costes y no lo ha efectuado.

En consecuencia estima el recurso de apelación y confirma la actuación administrativa recurrida.

h) *Sentencia 516/2018, de 6 de noviembre* (*JUR/2019/48371*). *Inactividad de la Administración. Revisión de precios en contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCAP. Inclusión de mano de obra*

Dictada con motivo de recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 3 de Zaragoza que estimaba parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a inactivi-

dad del Ayuntamiento de Zaragoza en el pago del precio del «contrato de gestión mediante concesión del Servicio Público de arrastre de vehículos en la vía pública de Zaragoza».

No se cuestiona la inactividad de la Administración, que finalmente fue subsanada con el pago efectivo del principal de la deuda reclamada. La controversia se circunscribe, una vez inadmitido el recurso en relación con la improcedencia de la liquidación de intereses de demora de las cantidades debidas por servicios prestados tras finalizar el contrato, a la improcedencia de la reclamación por revisión de precios.

En concreto se cuestiona la aplicación de la formula de revisión de precios en el supuesto en el que finalizado el contrato se continuó con su prestación por el concesionario hasta la resolución del nuevo procedimiento de adjudicación, y la corrección de la formula polinómica a aplicar.

En relación con la primera cuestión la Sala afirma que no puede aceptarse que la continuidad genere un perjuicio en la posición del contratista, quedando alterado en su contra el régimen que venia aplicándose, Y ello porque se le imponen unas obligaciones que no consta fueran diferentes que las que venían establecidas en el contrato cuyo plazo de vigencia transcurrió, y en consecuencia deben mantenerse recíprocos derechos tal como se fijaron en el contrato, entre otros, la revisión de precios.

En relación con la segunda cuestión la Sala se remite a la Sentencia de 25 de junio de 2018, anteriormente comentada, en la que se tratándose de un contrato de concesión de gestión de servicios públicos adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, no encuadrable por ello en la D.T. segunda, se rige en virtud de lo dispuesto en la D. T. primera y en lo previsto en el PCAP, respecto de la revisión de precios. Es por ello por lo que en el supuesto enjuiciado debe estarse a lo que se establecía en el PCAP que regia el servicio de grúa en la vía publica que preveía el índice relativo a la mano de obra, declarándose procedente asimismo la aplicación de los intereses a las cantidades correspondientes a la revisión de precios.

En consecuencia desestima el recurso de apelación.

i) ***Sentencia 535/2018, de 3 de diciembre* (*JUR/2019/48368*). *Incidente ejecución de sentencia. Inclusión de mano de obra en fórmulas polinómicas de revisión de precios en contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/2007***

Dictada con motivo del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado contencioso administrativo de Zaragoza desestimatorio del incidente de ejecución deducido frente a la resolución del Gobierno de Zaragoza que ejecutaba varios procedimientos judiciales, y en concreto el relativo a la revi-

sión del precio/coche/kilómetro para el año 2009 en el transporte urbano de Zaragoza.

En su momento la Sala había dictado Sentencia estimatoria de recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 2 de Zaragoza, anulando el acuerdo del Gobierno de Zaragoza por el que se aprobó la revisión del precio / coche / kilómetro para el año 2009, debiendo sustituirse por otro en el que de la formula polinómica aplicada quede excluido el efecto de la variación de precios de la mano de obra. Como consecuencia de ello el Ayuntamiento de Zaragoza dicta una nueva liquidación.

En el incidente de ejecución se plantea por la actora que el Ayuntamiento no debería haberse limitado a suprimir el factor de variación de los precios de la mano de obra, sino que debería haberse reequilibrado en su totalidad dicha fórmula polinómica, de conformidad con lo establecido en el PCAP. El auto recurrido desestimó la solicitud por considerar que no se había planteado anteriormente en ninguna de las instancias judiciales otra cosa que la inclusión o no de la variación de los precios de la mano de obra.

La Sala recuerda en la Sentencia comentada que la única cuestión cuestionada en todas las instancias que han conocido de ello fue lo atinente a si la variación en el precio de la mano de obra debía o no formar parte de la revisión de precios a la vista de la D.T. segunda de la Ley 30/2007, LCSP, siendo cualquier otra cuestión ajena al procedimiento.

En consecuencia desestima el recurso de apelación y confirma el auto dictado en el incidente de ejecución de sentencia.

2. Contratos de servicios

A. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

a) *Sentencia 76/2018, de 4 de febrero* (*JUR/2018/113649*). *Precio del contrato. Plazo. Subcontratación*

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra Acuerdo del TACPA por el que se desestima recurso especial interpuesto frente a la licitación del contrato denominado «servicio de transporte ordinario de muestras de sangre, valija, lencería y otros servicios para el sector Calatayud, promovido por el SAS.

Frente al TACPA se cuestionaban las siguientes cuestiones: que el presupuesto no se ajustaba al precio de mercado; que la no división en lotes limitaba la concurrencia; que el contrato debería tener una duración mínima de tres años; que el objeto del contrato y de las prescripciones contenidas en el PTT era indeterminado; que resultaba improcedente la subcontratación y que los plie-

gos incumplían la obligación de prestar información. Todos los motivos fueron rechazados por el TACPA.

En la demanda se cuestiona que el precio del contrato es inadecuado y su cálculo debía haberse realizado en función del observatorio de costes, siendo de aplicación la Orden FOM/1882/2012. La Sala desestima el motivo de impugnación por entender que lo que se exige por el art. 87 RDL 3/2011 es que se atienda el precio general del mercado, no a lo que resulte del Anexo de la mencionada Orden, que regula las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera, ya que nos encontramos ante un contrato público lo que hace que sea de aplicación la normativa de contratos y por ende el art. 87 del RDL 3/2011.

Asimismo se cuestiona que se ha producido un cambio de criterio por parte del órgano de contratación, ya que a diferencia de lo realizado en otras contrataciones se ha optado en esta ocasión por la no división en lotes, vulnerándose con ello la Directiva 2014/24/UE. La Sala, al igual que anteriormente el TACPA, considera que no puede apreciarse vulneración de la Directiva ya que obra informe en el expediente en el que se acredita que en anteriores licitaciones se ha optado o no por la división en lotes en función de las cambiantes necesidades. Asimismo en dicho informe se alude a problemas de coordinación al adjudicarse lotes a varios contratistas, que se evitan con la opción adoptada. En concreto se justifica que la contratación con un único proveedor facilita sea una misma empresa la que aporte los distintos vehículos de transporte, eliminándose con ello dichos problemas de coordinación. En todo caso, a juicio de la Sala la administración puede cambiar de criterio seguido en contrataciones anteriores, que por otra parte no había sido único, sin que pueda apreciarse arbitrariedad en la decisión adoptada.

Se aduce como motivo de impugnación el plazo de duración del contrato que es considerado improcedente por la actora, al entender que vulnera el art. 23 TRLCSP. En concreto se argumenta que dado que se trata de una prestación que atiende necesidades de carácter continuado el plazo previsto, de 12 meses con posibilidad de prórroga por igual plazo, resulta inadecuado. La Sala entiende que no se produce dicha vulneración.

En relación con la alegación de indeterminación del objeto del contrato, la Sala entiende que en los PCAP se define de forma suficiente el objeto contractual «Servicio de transporte ordinario de muestras de sangre, valija, lencería y otros servicio». En concreto respecto de la consideración realizada por el demandante de que el establecimiento de una prestación consistente en 12 viajes al año para recados no previstos, supone indeterminación del objeto, la Sala entiende que no es aceptable ya que el órgano de contratación puede considerar

por la especial naturaleza de los servicios sanitarios que hay situaciones en que se plantee la necesidad de efectuar viajes para recados que no aparezcan descritos, lo que no constituye indeterminación del objeto del contrato.

Por ultimo en relación con la subcontratación, la actora entiende que se ha producido una modificación sustancial en la licitación del objeto del contrato, vulnerando los pliegos la ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Aragón con abuso y desviación de poder. A su juicio se ha modificado el criterio seguido en otras licitaciones de no permitir la subcontratación, no estando debidamente justificada dicha circunstancia, y entendiendo que dada la naturaleza del objeto del contrato el interés público exige que se ejecute por el adjudicatario.

La Sala entiende que la naturaleza del contrato no lleva a deducir que deba ser ejecutado directamente por el contratista y el cambio de criterio de la administración no es abusivo ni constitutivo de arbitrariedad. El art. 227 de la Ley 3/2011, permite la subcontratación, por lo que la arbitrariedad debería ser probada, circunstancia que no se produce. Y en relación con la vulneración del art. 16.2 la Ley 8/2015, fundada en que el PCAP en su apdo. ñ) establece la no obligatoriedad de indicar en la oferta la parte del contrato que el licitador tiene previsto subcontratar, considera que por si misma dicha cláusula no puede ser causa de nulidad de los pliegos, debiendo ponerse en relación la Ley 8/2015 con la normativa de contratación publica, en concreto con las facultades de la administración en la ejecución del contrato.

En consecuencia desestima íntegramente el recurso.

b) *Sentencia 384/2018, de 29 de junio de 2018* (*JUR /2018/316118*). *Realización de nuevo proyecto o adaptación del existente al Código Técnico de Edificación*

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido frente a Sentencia del Juzgado contencioso administrativo de Huesca desestimatoria del recurso contencioso interpuesto frente al decreto del Presidente de la DPH por el que se desestima un recurso de reposición contra una resolución por la que desestima la solicitud de pago de una factura.

La Sala confirma la actuación del Juzgado de instancia al considerar adecuada la valoración de la prueba realizada por este. En concreto entiende que es correcta la calificación realizada por el Juzgado de instancia sobre determinados conceptos de la factura al entender que responden a la realización de un nuevo proyecto de rehabilitación de la residencia de Panticosa, y no a la documentación de proyecto resultado de modificar, revisar y adaptar al código técnico de edificación el proyecto inicial elaborado el año 2005. A juicio de la Sala, el juzgado de instancia acierta al considerar que de la prueba practicada se acredita

que existieron reuniones periódicas entre la Diputación y la actora y que en ellas se requiere a esta a que presente la documentación necesaria para terminar la obra. Circunstancia esta distinta a la de un proyecto enteramente nuevo, encargo que por otra la actora no demuestra que se le realizase.

Dado que en aplicación del art. 217 LEC corresponde a la actora la prueba del hecho en el que funda su reclamación de pago, en concreto que la DPH le encargarse la realización de un proyecto de modificado de rehabilitación de edificación de la residencia de Panticosa, y que de la prueba de practicada no se acredita que tal encargo se realizase, la Sala confirma la sentencia de instancia y desestima el recurso.

Previamente la Sala había ratificado la valoración efectuada en la sentencia objeto de recurso por la que la presentación de documentación técnica por la actora y su remisión a los servicios técnicos de Diputación no permiten concluir por si mismo que se realizase el encargo verbal sobre el que la actora apoya su pretensión, ya que se trataba de documentación técnica y correspondía a los técnicos determinar el alcance de la documentación que se presentaba. Asimismo había confirmado que no puede admitirse probado el encargo sin que conste a su vez que se haya determinado la cantidad que asume el obligado al pago.

c) ***Sentencia 504/2018, de 7 de noviembre. Adjudicación de contrato. Inclusión del IVA en la valoración del precio de un contrato en los supuestos de concurrencia en la licitación de entidades del tercer sector***

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo del TACPA por el que se estimó el recurso especial en materia de contratación contra la resolución de la Diputación Provincial de Huesca por la que se adjudicó el contrato de «Servicio de teleasistencia domiciliaria para el periodo de un año a Cruz Roja Española».

El Acuerdo del TACPA anuló la valoración de la oferta realizada por la Mesa de Contratación al considerar que se había incluido indebidamente el IVA en la valoración del precio. La cuestión controvertida gira sobre la inclusión del IVA en la valoración del precio ofertado cuando en la licitación participan entidades incluidas en el denominado tercer sector.

La Sala confirma el Acuerdo recurrido y desestima el recurso por considerar que, en concordancia con la normativa comunitaria, el art. 123 Ley 30/2007, LCSP, y el art. 139 del TRLCSP establecen como premisa que los órganos de contratación darán a las licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatario y ajustarán su actuación al principio de transparencia. Asimismo reproduce lo preceptuado en el art. 88.1 TRLCSP por el que el valor estima-

do de los contratos, a todos los efectos previstos en dicha Ley, vendrá determinado por el importe total, sin incluir el IVA.

En este sentido la Sala recuerda el informe emitido por el Gobierno en aplicación de la D.A. Vigésima de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible por el que no se estimaba conveniente promover una modificación legal para incluir el IVA en el precio a los efectos de valoración de las ofertas en un procedimiento de contratación cuando intervengan licitadores exentos del impuesto, en particular entidades del tercer sector.

Por otro lado frente a la inconstitucionalidad del marco legal que atribuye competencias al TACPA por afectar a la autonomía local constitucionalmente garantizada, al atribuir la competencia para resolver un recurso administrativo ante un órgano nombrado por otra Administración y contradecir la legislación procesal y básica estatal, aducido como segundo motivo del recurso, la Sala desestima el pretendido planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En concreto la Sala no advierte en que puede afectar a la autonomía local el hecho de que se pueda someter con carácter potestativo al TACPA la validez de una contratación, decisión recurrible ante la jurisdicción contenciosa, máxime cuando este es un órgano dependiente orgánicamente del Departamento competente en materia de contratación pública, pero con plena independencia funcional e integrado por miembros independientes e inamovibles y su creación encuentra su razón de ser en la normativa comunitaria.

d) *Sentencia 518/2018, de 13 de noviembre* (*JUR/2019/46551*). *Adjudicación a empresa extranjera comunitaria. Declaración responsable*

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Mesa de las Cortes de Aragón por la que se acordó adjudicar la contratación del «Servicio de elaboración de un resumen de noticias diario digitalizado».

Al margen de una serie de cuestiones, dimanantes de las especificidades y avatares surgidos en el seno del procedimiento de contratación que dieron lugar a un previo acuerdo del TACPA, que son inadmitidas por la Sala, esta centra su atención en tres motivos de impugnación aducidos frente a la resolución recurrida.

En primer lugar, la supuesta no aportación por la adjudicataria de las certificaciones exigidas en el PCAP, tales como las relativas a hallarse al corriente de las obligaciones de la Seguridad Social y las tributarias. La adjudicataria es una empresa extranjera comunitaria con domicilio social en Francia, debidamente inscrita en el Registro correspondiente, por lo que de conformidad con el art. 72 TRLCSP y art. 15 del RGLCAP dichas circunstancias se acreditaran mediante

una declaración responsable, que efectivamente fue aportada por la adjudicataria en el momento procedimentalmente oportuno.

En segundo lugar, la supuesta inexactitud de la declaración responsable así como de diversas carencias de su oferta que podrían determinar su incapacidad para poder ejecutar el contrato. En concreto que el responsable del proyecto trabaja y reside en España por lo que debe cotizar a la S.S., asi como que la tecnología utilizada no es de la adjudicataria, que además carece de licencia CEDRO para llevar a cabo el servicio de forma legal. La Sala entiende que con ello se cuestiona la solvencia y capacidad de la adjudicataria, que fue acreditada en su momento en el Sobre 1, sin que se cuestionara su admisión ante el TACPA en el recurso especial interpuesto en su momento, ni ante la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que resultaría extemporánea. Asimismo recuerda que el PCAP permitía la subcontratación hasta un 60 % y que la adjudicataria, en base a ello, previa la subcontratación del 40 % con una mercantil de la que es trabajador el responsable del proyecto , siendo esta la que debe cotizar por él y no la adjudicataria, y siendo esta la que disponía de la preceptiva licencia para los contenidos de prensa, por lo que considera que la adjudicataria disponía de los medios necesarios para llevar a cabo el servicio, aun cuando una parte de ellos fueran subcontratados.

En consecuencia desestima el recurso y confirma la adjudicación.

III. DOCUMENTACIÓN

1. Servicios públicos

A. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

a) *Dictamen 121/2018. Resolución del contrato de concesión para la gestión del servicio público de Residencia de Mayores y Centro de Día de Biota*

El contrato suscrito tenía como objeto la gestión del servicio público de Residencia de Mayores y Centro de Día, incluyendo suministro de mobiliario, equipamiento, enseres, utillaje necesario para la puesta en funcionamiento del centro. En concreto la clausula 8 del PCAP establecía que el concesionario venia obligado a aportar todo el material en el plazo máximo de tres meses en cuanto a elementos comunes, pudiendo realizarse el resto del equipamiento progresivamente según el número de usuarios y el resto antes de transcurridos cuatro años desde el inicio del funcionamiento.

El Pleno del Ayuntamiento pretende la resolución del contrato por las causas previstas en el art. 212.7 del TRLCSP y 223.d), y en las alegaciones presentadas por el contratista aduce que en la oferta presentada en su momento, en

base a la que supuestamente se procedió a la adjudicación, señalaba que dado el riesgo importante existente, para que la gestión fuera viable, la residencia debía iniciarse con al menos 15 residentes y que únicamente la oferta seria firme siempre que se garantizara la existencia de ese número de personas atendidas.

Si bien el Consejo carece de la documentación necesaria para pronunciarse observa que si fuera cierto el contenido de las alegaciones, hubiera merecido la exclusión de la oferta, ya que ni el PCAP ni el anuncio de licitación preveían la presentación de variantes, ni de alternativas en función del número de residentes. Considerando por ello que en ese supuesto no nos hallaríamos ante una supuesto de resolución contractual sino de revisión de oficio por nulidad de la adjudicación.

Ante la ausencia de antecedentes suficientes el Consejo informa desfavorablemente la propuesta de resolución pretendida e insta a la tramitación de un procedimiento conforme a los requisitos que establece el TRLCSP.

b) ***Dictamen 241/2018, de 24 de septiembre. Interpretación del contrato. Criterios de determinación del canon de aprovechamiento de las instalaciones***

El Ayuntamiento de Zuera y la mercantil FCC AQUALIA suscribieron durante el año 1999 el contrato de gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua y alcantarillado, En el PCAP que regia la contratación se establecía, entre otras prescripciones, que el concesionario durante todo el periodo concesional abonaría un canon en concepto de utilización y uso de instalaciones que el Ayuntamiento entregaba para su aprovechamiento y uso por aquel. El importe debía ser determinado en pesetas, por metro cubico facturado y cobrado.

El importe de dicho canon será vigente desde la firma del contrato y para todo el primer año y para el segundo y siguientes se actualizará en el IPC como mínimo. Como consecuencia de ello el primer año el canon a abonar ascendía al importe de 9,57 pesetas por metro cubico y para los años siguientes se revisaría el canon anualmente por la aplicación del IPC habido durante los 12 meses precedentes.

Desde el inicio del contrato el concesionario ha presentado sus correspondientes propuestas de liquidación del canon, hasta el año 2016. Las propuestas de los años 1999, 2000 y 2001 fueron expresamente aprobadas por la Comisión de Gobierno, sin cuestionar los criterios utilizados por la concesionaria para su determinación. A partir de esa fecha hasta el año 2016 el Ayuntamiento no volvió a aprobar ninguna liquidación presentada por el concesionario, incoando durante el año 2016 un procedimiento de interpretación de las cláusulas contractuales que le lleva a concluir, tras el preceptivo tramite de alegaciones al concesionario, que este ha liquidado indebidamente el mencionado canon de

utilización, con la merma en las arcas municipales del importe de 725.697 euros que se habían dejado de ingresar por dicho concepto.

La controversia radica en que la concesionaria aplica a la mencionada liquidación los criterios establecidos en el PTT y el Ayuntamiento considera que debe aplicarse lo establecido específicamente en el contrato suscrito. En concreto el Ayuntamiento considera que debe percibir, con arreglo a la oferta y al pliego, un canon de utilización por cada metro cubico de agua facturada y cobrada, independientemente de los costes de la explotación, de forma que el primer año este ascendería a la cantidad de 9,57 eruos por cada metro cubico y para los años siguientes procedería su revisión anual por aplicación del IPC. Por su parte el concesionario considera que debe calcularse vinculándose al excedente económico de la concesión, según su interpretación del art. 44 del PTT, al superávit o déficit del servicio.

El Ayuntamiento eleva al Consejo, para su informe, propuesta de interpretación contractual por la que considera que la liquidación ha de realizarse en virtud de lo establecido en las clausulas cuarta, quinta y sexta del contrato suscrito con la concesionaria, y no en virtud de lo establecido únicamente en el PCAP, determinando que de acuerdo con dicho criterio el saldo a favor del Ayuntamiento por dicho concepto de 725 697 euros.

El Consejo, en línea con la jurisprudencia de nuestro mas Alto Tribunal, aplica a los contratos administrativos las reglas de la interpretación de los contratos contenidas en los arts. 1281 y siguientes del Código Civil, por la que si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes se estará al tenor literal de sus cláusulas. En el supuesto analizado entiende que la oferta realizada en su momento por la concesionaria es clara y no admite duda ya que el tenor del contrato que se suscribió en su momento expresamente establece que «para el primer año se abonara a razón de 9,57 pesetas por cada m3 de agua facturada y cobrada [...] y para los años siguientes hasta la formalización del periodo concesional se revisará anualmente por la aplicación del IPC».

En consecuencia entiende que la liquidación del mencionado canon ha de realizarse en los términos que se ofertó por el licitador, que fue la razón de su adjudicación, y se plasmaron expresamente en el contrato suscrito. Las palabras de la oferta y del contrato son claras y diáfanas, no existiendo oscuridad o ambigüedad alguna que impidan su inequívoca interpretación. El hecho de que se procediera en su momento a la aprobación de las primeras liquidaciones, realizadas contraviniendo el tenor de la oferta y del contrato, no puede servir de amparo para seguir manteniendo un criterio contrario al del contrato. El órgano de contratación no puede ir en contra del mandato establecido en la oferta y en el contrato.

c) ***Dictamen 227/2018, de 24 de septiembre. Revisión de oficio. Fórmulas de revisión de precios. Contrato de selección de socio privado para la constitución de sociedad de economía mixta para la gestión del servicio público de la Línea 1 del tranvía de Zaragoza***

El Ayuntamiento de Zaragoza solicita informe preceptivo del Consejo para proceder a declarar la revisión de oficio del coeficiente de actualización «C» contenido en la cláusula 42.2 del PCAP para la contratación de la selección de un socio privado que participe con el Ayuntamiento en la constitución de la sociedad de economía mixta que había de gestionar en régimen de servicio público la construcción, explotación y mantenimiento de la Línea 1 del tranvía de Zaragoza, aprobado por el Gobierno de Zaragoza con fecha 17 de febrero de 2009.

Los motivos de la declaración de nulidad pretendida de dicha formula radicaban en que la aplicación de la misma no se ajusta a las prescripciones del art. 79 LCSP, al eliminar la limitación establecida en el art. 78.3 de la misma, de un 85 % de la variación del IPC, concurriendo en consecuencia causa de nulidad prevista en el art. 47.1.f) de la LPAC

La causa de nulidad aducida, prevista en el mencionado art. 471.f) LPAC, lo es en relación con los actos administrativos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

El Consejo considera que el principio de libertad de pactos está supeditado por el interés público al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. En dicho sentido el art. 78 LCSP en relación con el sistema de revisión de precios establece con claridad que cuando el índice de referencia que se adopte sea el IPC o cualquiera de los grupos o índices que lo integran, la revisión no podrá superar el 85 % de la variación que experimente el índice adoptado. Es por ello por lo que Consejo afirma que el coeficiente de actualización «C» contenido en la mencionada clausula 42.2 PCAP, cuya nulidad se pretende, transgrede dicha norma y por dicha razón la previsión del mismo es contraria a la mencionada previsión legal.

En consecuencia informa favorablemente la propuesta de revisión de oficio pretendida.

d) ***Dictamen 276/2018, de 30 de octubre. Revisión de oficio. Adjudicación del contrato de servicio público de Residencia de Mayores y Centro de Día. Introducción de mejoras no previstas por el licitador que resultó adjudicatario***

Tras la emisión del Dictamen 121/2018 del Consejo Consultivo de Aragón, referido al inicio de este epígrafe, el Ayuntamiento de Biota remite para su informe

propuesta de revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato de concesión del servicio público de Residencia de Mayores y Centro de Día de la Villa de Biota.

El Consejo informa favorablemente la revisión de oficio pretendida, en virtud de la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el art. 4.1.f) de la LPAC. Y ello por considerar que de conformidad con los arts. 86 y 22 del TRLCSP, el objeto del contrato ha de ser determinado e idóneo con la naturaleza de las finalidades que se pretenden satisfacer. La competencia para fijar dichas necesidades y la idoneidad del contrato para su satisfacción le corresponde únicamente a los entes integrantes del sector público y no a los licitadores. En consecuencia estos no pueden introducir variaciones en la determinación del objeto contractual, salvo en los supuestos expresamente previstos en el TRLCSP. Circunstancias estas que no concurrieron en el procedimiento y consiguiente licitación cuyo contenido se revisa.

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

Dado el número de acuerdos relativos a servicios públicos adoptados por el TACPA durante el año 2018 resulta aconsejable limitar nuestros comentarios a aquellos que puedan tener particular relevancia o significación.

a) *Acuerdo 33/2018, de 25 de mayo, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto contra los pliegos rectores de la licitación «Gestión indirecta mediante concesión, del servicio público de recogida y transporte de residuos domésticos generados en los municipios de las comarcas que integran la agrupación 8 de residuos sólidos y urbanos de Teruel*

Como cuestión previa se plantea la inadmisión del recurso por extemporaneidad. Dado que en aplicación de los arts. 42.2 TRLCSP y del Reglamento de procedimiento de recursos en materia de contratación, el inicio del computo de plazos para la interposición del recurso comienza a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado de forma legal la convocatoria de la licitación, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la plataforma de contratación del sector público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido, y que en el supuesto analizado se ha efectuado la convocatoria conforme a la legislación aplicable, el momento inicial de computo es la fecha de publicación en el DOUE y no en el perfil del contratante ni en ningún otro diario oficial.

El hecho de que se haya formulado una consulta tocante a la clasificación exigida y que la contestación a la misma se haya realizado en el perfil del contratante no altera dicha consideración. La contestación a la consulta se publi-

có en el plazo estipulado en el PCAP al efecto y no supuso alteración en cuanto al contenido de los pliegos. La respuesta a la consulta no contiene información adicional a la que ya constaba en la documentación de la licitación, ni contiene datos nuevos que influyan en el contenido de las ofertas, ni advierte vulneración alguna de los principios rectores de la contratación.

En consecuencia dado que el anuncio en el DOUE se realizo con fecha 13 de enero de 2018 y el anuncio de interposición de recurso tuvo lugar el día 15 de febrero de 2015, el recurso se inadmite por extemporáneo, sin que pueda tomarse en consideración la fecha de contestación a las aclaraciones solicitadas de 9 de febrero de 2018.

b) ***Acuerdo 49/2018, de 22 de junio, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente a la adjudicación del contrato «Servicio de organización, programación y gestión de los espectáculos taurinos junto con los servicios complementarios de explotación del bar y alquiler e almohadillas del coso de la Misericordia de Zaragoza, durante las temporadas taurinas 2018, 2019, 2020 y 2021 promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza»***

Se cuestiona ante el Tribunal Administrativo la validez del PCAP que ha servido de base a la adjudicación porque a juicio de los recurrentes contienen obligaciones de contenido imposible para las partes constituyendo un vicio de nulidad.

Se aduce que la cláusula segunda del PTT establece en cuanto a los festejos a celebrar un primer ciclo en el que se deben de prestar al menos dos ferias de toros, una de ellas obligatoriamente deberá celebrarse el día 23 de abril. Obligación de contenido imposible, a juicio del recurrente, al menos durante la temporada 2018, ya que la adjudicación del contrato se efectuó el 16 de abril. Asimismo considera que esta circunstancia incide directamente sobre la oferta económica al desnaturalizar las ofertas económicas presentadas, ya que se considera que es público y notorio que la feria de San Jorge, 23 de abril, genera perdidas que son compensadas en la Feria del Pilar.

El Tribunal hace pivotar su argumentación sobre el principio de inalterabilidad de los pliegos, directamente relacionado con la determinación del objeto del contrato. A su juicio no ofrece duda que el contrato se adjudicó, con motivo de diversos avatares acaecidos en el procedimiento licitatorio, el día 14 de abril sin que la corrida del día 23 de abril pudiera celebrarse, no pudiendo trasladarse la misma al año 2022 ya que el PCAP establecía que el plazo de ejecución del contrato termina el día 31 de diciembre de 2021. De acuerdo con el meritado principio, positivizado en el art. 115.3 TRLCSP, el contrato adjudicado debe ajustarse al contenido del PCAP, cuyas clausulas son parte integrante del mismo, no pudiendo incluirse estipulaciones que establezcan derechos y

obligaciones distintas de las previstas en los pliegos, tal y como establece el art. 26.2 TRLCSP.

El Tribunal expresamente rechaza el argumento esgrimido por el órgano de contratación por el que no puede alegarse imposibilidad del cumplimiento de obligaciones cuando es posible cumplir la obligación mediante la modificación racional del contenido de la prestación. Y ello porque considera que las modificaciones contractuales solo tienen cabida para hacer frente a situaciones que suceden posteriormente a la formalización del contrato, circunstancia que no concurre en el supuesto enjuiciado dado que la imposibilidad de celebrar la Feria de San Jorge surge previamente a la adjudicación del contrato.

Por otra parte a su juicio la no celebración de la mencionada Feria de San Jorge afecta a la oferta económica de los licitadores. Por lo que el Tribunal acoge el motivo del recurso y declara la nulidad de pleno derecho del acto recurrido y del procedimiento licitatorio en su totalidad.

El resto de los motivos del recurso, consistentes en hipotética lesión de derechos susceptibles de amparo constitucional, de enriquecimiento injusto a favor de la adjudicataria e inadecuada justificación de la solvencia de la empresa adjudicataria, son expresamente desestimados por el Tribunal.

En consecuencia estima el recurso interpuesto.

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

a) ***Informe 13/2018, de 30 de mayo. Modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal***

Con motivo de una serie de consultas de dos ayuntamientos sobre la calificación del negocio jurídico a realizar para adjudicar a un tercero el mantenimiento y limpieza de las piscinas municipales y el control de acceso de entrada y el servicio de bar a los usuarios, y sobre otra serie de cuestiones directamente vinculadas entre si la Junta emite informe con el parecer que a continuación de forma sucinta se expone.

En relación con la calificación del contrato, como contrato meramente patrimonial o como contrato administrativo, destaca que es fundamental determinar la causa del contrato como elemento definidor. En el supuesto en que exista un fin público que transcienda el puramente patrimonial la relación deberá calificarse como contractual. De forma que debe entenderse que el negocio jurídico por el que el contratista privado asume la gestión de un bar o cafetería en una piscina municipal, con calendarios y horarios predeterminados de carácter obligatorio y obligaciones especificas no puede entenderse como un contrato

patrimonial excluido de la aplicación de la LCSP. Máxime si el contratista asume asimismo funciones de control de accesos, mantenimiento, limpieza de las instalaciones de la piscina y otras análogas.

Desechada su calificación como contrato patrimonial excluido de la LCSP, la Junta procede a exponer las distintas calificaciones efectuadas sobre negocios jurídicos de características similares a las cuestionadas, tales como contratos administrativos especiales y contratos de servicios en virtud de la legislación de contratos públicos vigente en cada momento, deteniendo su atención en la regulación vigente tras la entrada en vigor de la LCSP.

El contrato de concesión de servicios, definido en el art. 15 LCSP, se muestra como la tipología contractual más acorde con la naturaleza del negocio jurídico que se pretende. La transferencia del derecho de explotación del servicio a un concesionario y la asunción por este del denominado «riesgo operacional», característicos de esta modalidad contractual, confluyen en el supuesto analizado. La doble circunstancia de que los ingresos del contratista provengan de los usuarios y que exista transferencia de riesgo configuran el tipo contractual de la concesión de servicios.

Como consecuencia de la calificación del contrato descrita la Junta aborda una serie de cuestiones directamente vinculadas con aquella, planteada por las administraciones en sus respectivas consultas. La duración del contrato no será superior a cinco años, si bien será posible acordar una duración mayor si fuera necesario para que el concesionario recupere las inversiones necesarias para el ejercicio de la actividad. Asimismo de conformidad con el art. 118.1 LCSP no podrá ser utilizado el contrato menor como procedimiento de adjudicación directa en esta tipología de contratos. Por último el valor estimado del contrato no se establece en función del canon a pagar por el contratista o de la eventual subvención al funcionamiento a aportar por la Administración, sino en función de valor del negocio, lo que obliga a estimar el volumen de facturación, el tiempo de duración previsto, más las eventuales aportaciones de la Administración en suministros eléctricos u otros.

b) *Informe 18/2018, de 17 de julio. Posibilidad de subcontratación en los contratos de concesión de servicios de transporte por carretera de un volumen máximo del 30 % del total de los vehículos/kilómetros a prestar anualmente en cada uno de ellos*

El Secretario General Técnico del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del GA plantea a la consideración de la Junta la posibilidad de incluir en los PCAP una previsión que permita la posibilidad de subcontratar en los contratos de concesión de servicios de transporte de viajeros por

carretera un volumen máximo del 30 % del total de los vehículos / km, a prestar anualmente en cada uno de ellos.

La Junta parte como cuestión preliminar de considerar que el contrato de transporte por carretera tiene la calificación de concesión de servicios. La calificación del contrato, como servicios o concesión de servicios, tal y como se desprende de la normativa comunitaria y de los arts. 14 y 15 LCAP, pivota tanto de que los ingresos del contratista provengan directamente del uso del servicio o de los beneficiarios de la prestación como de que exista efectiva transferencia de riesgo, de forma que la confluencia de dichos factores existente en el supuesto sometido a consideración configura el tipo contractual de la concesión de servicios.

La nueva LCSP flexibiliza el régimen de la subcontratación con carácter general, quedando sometida a comunicación, y excepcionalmente a autorización, debiendo el contratista principal justificar la aptitud del subcontratista, suprimiendo el límite de la parte de la prestación subcontratable. La comunicación deberá hacerse tras la adjudicación del contrato y a mas tardar cuando inicie su ejecución. Asimismo se establece la imposibilidad de subcontratar al objeto de integrar con medios externos determinadas tareas criticas de obras, servicios o suministros.

En relación con la concesión de servicios el art. 296 LCSP establece que la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, destacando la Junta que la prestación accesoria no tiene razón de existir por si misma, solo la adquiere en cuanto sirve a la prestación principal.

En consecuencia en cada caso deberá deslindarse entre qué se considera como objeto principal de la concesión y las prestaciones accesorias de la misma, pues solo es posible la subcontratación sobre estas ultimas en el ámbito de la concesión de servicios de transportes de viajeros por carretera.

Por último al objeto de favorecer la participación de las pymes en la contratación pública de este tipo de prestaciones, recuerda que junto con la subcontratación existen diversas medidas de colaboración empresarial que permiten afrontar en condiciones de solvencia un contrato de estas características, tales como la adscripción de medios o la agrupación como uniones temporales de empresarios. Las nuevas Directivas a estos efectos introducen flexibilidad en los procedimientos, reduciendo la carga administrativa y evitando requisitos desproporcionados en cuanto a la posición financiera de los candidatos.

En concreto en contratos como el analizado, de dimensión económica media o alta, la diversificación en lotes del objeto contractual favorece la participación de las pyme, en concordancia con lo establecido en el TRLCSP y en la legislación aragonesa.

c) ***Informe 22/2018, de 25 de septiembre. Colaboración público privada mediante sociedad de economía mixta. Prestación de servicios municipales por sociedad de economía mixta de una Diputación Provincial***

Se plantea por la Diputación Provincial de Teruel, la cuestión de si tras haberse seguido en su día un procedimiento abierto mediante concurso público para seleccionar el socio privado de la sociedad de economía mixta SASTESA para prestar los servicios fijados en su objeto social, deben someterse a una segunda licitación los encargos, encomiendas o convenios que se formalicen entre los municipios de la provincia de Teruel y la Diputación Provincial para que la sociedad preste los servicios incluidos en su objeto social o forman parte del objeto y finalidad de la constitución de la CPPI.

Tras describir el proceso de evolución legislativa por el que la constitución de una sociedad de economía mixta se configura como uno de los posibles instrumentos de articulación de la denominada CPPI, iniciada por la D.A. trigésimo quinta de la Ley 30/2007, tras su modificación por la Ley 2/2011, de 4 de marzo de economía sostenible, consolidada con ciertos retoques por la D.A. vigésimo novena del TRLCSP, la Junta centra su atención en la nueva redacción dada por la D.A. vigésimo segunda de la vigente Ley 9/2017, LCSP. Destaca como novedad que solo los contratos de concesión de obras y concesión de servicio pueden ser objeto de esta específica técnica de CPPI y que si la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos debería concurrir al correspondiente procedimiento de licitación pública. Asi como que el capital de la sociedad de economía mixta ha de ser mayoritariamente público.

En dicho contexto normativo enmarca, como no podía ser de otro modo, su contestación a la cuestión de si es posible articular las relaciones derivadas de la constitución de la referida sociedad de economía mixta con las características de una CPPI, como un supuesto de cooperación horizontal del art. 6.1 LCSP. La relación entre la Diputación Provincial y uno o varios municipios para la prestación de servicios de carácter obligatorio carece de naturaleza contractual y puede articularse a través de los convenios previstos en el art. 6.1 LCSP y 47 de la L.RJSP. La sociedad de economía mixta se ha creado con la finalidad de prestar los servicios del ciclo integral del agua. Desde esta perspectiva la relación de la sociedad de economía mixta y los Ayuntamientos puede considerarse como una técnica de plasmación especifica de la relación horizontal previamente establecida entre la Diputación y los Ayuntamientos a través de los correspondientes convenios.

No basta que las prestaciones que se pretenden encomendar a la sociedad de economía mixta se encuentren comprendidas dentro de su objeto para que

proceda su adjudicación con dispensa de la doble licitación. Seria necesario que las prestaciones hubieran quedado suficientemente determinadas en la documentación incorporada al concurso público en su día convocado para la selección de socio privado.

2. Contratos de servicios

A. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

B. Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón

Dado el elevado número de acuerdos adoptados por el TACPA sobre esta tipología contractual circunscribimos nuestros comentarios a aquellos que puedan tener mayor interés para nuestros lectores.

a) *Acuerdo 124/2017, de 15 de diciembre, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente a los PCAP que rigen el contrato denominado «Servicio de tiempo libre en centros de titularidad municipal», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza»*

Las cuestiones controvertidas esencialmente son:

Se prevé la atribución de un punto como mejora de la oferta por la tenencia de la certificación de calidad IS 9001. Frente a ello el TACPA entiende que as certificaciones de calidad constituyen medios idóneos de valoración de las empresas o licitadores pero no de las ofertas concretas que se presenten en las licitaciones. Por lo que no pueden ser consideradas en la fase de valoración de las ofertas entre los criterios de valoración, y el hecho de otorgarle una puntuación poco significativa en nada altera dicha circunstancia.

Asimismo se prevé que la falta de algún contenido del apartado «mejoras» entre ellas la certificación de calidad suponga la exclusión de la oferta. Nuevamente el Tribunal considera que el TRLCSP no se opone a la posibilidad de exigir que las certificaciones de calidad tengan un peso relevante en la selección del empresario, pero en la fase en que se ha previsto su ponderación es en la fase de la acreditación de la solvencia técnica o profesional. En consecuencia en ningún caso corresponde a la fase de valoración de las ofertas configurar la ausencia de la tenencia de un certificado de calidad como requisito de exclusión de la oferta.

Por otra parte se cuestiona la nulidad de las cláusulas que prevén la subrogación. En concreto se observa una contradicción entre el convenio colectivo supuestamente aplicable a las relaciones laborales del personal que presta el servicio que se licita entre el Convenio colectivo del Sector ocio educativo y ani-

mación sociocultural y el convenio del sector de ludotecas y centros de tiempo libre. La contradicción resulta evidente y conllevaría la nulidad de las cláusulas, pero junto a ello el Tribunal entiende que los pliegos de una licitación publica no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato y en lo concerniente a la subrogación es función consiste en dar la información a los licitadores de las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecta la subrogación, en modo alguno regular cuestiones que corresponden a la legislación laboral.

Por ultimo, la cuarta cuestión controvertida, versa sobre la exigencia de que los profesionales adscritos a la ejecución del contrato cuenten con una determinada cualificación profesional como titulados en educación social o diplomados en magisterio, sin perjuicio de que quienes prestasen hasta ese momento los servicios objeto del contrato dispongan de un plazo de cuatro años para obtener el titulo de educadores sociales para continuar en el futuro prestando servicios en el ámbito del contrato.

El objeto del contrato es la prestación del servicio de tiempo libre en centros de titularidad municipal. A juicio del Tribunal la exigencia mencionada debe estar relacionada con el objeto del contrato y guardar una necesaria proporcionalidad que la justifique, ya que supone una limitación que se impone a las empresas concurrentes que previamente han sido declaradas solventes técnicamente para poder prestar el servicio. De la previsión transitoria para los trabajadores que en la actualidad prestan el servicio y que no cuentan con las titulaciones exigidas se desprende que el objeto del contrato hasta el momento no ha requerido una reserva a favor del personal que ostente exclusivamente dicha cualificación. Es por ello por lo que debe justificarse dicha exclusividad, circunstancia que no se produce en el supuesto analizado.

La proporcionalidad y la relación con el objeto del contrato son requisitos sine qua non para delimitar los requisitos de solvencia técnica o profesional. No existe duda que las titulaciones profesionales exigidas guardan relación el objeto del contrato, pero a juicio del Tribunal no es proporcional a las necesidades a satisfacer la exclusión de otras cualificaciones, tales como graduados en magisterio en sus distintas especialidades; técnicos superiores; animación sociocultural, mediación, integración social, actividades físicas... No existe justificación técnica en ese sentido y existen indicios de idoneidad en otras titulaciones a la vista de cómo se está prestando el servicio en la actualidad y como se permite su prestación por personal actual en los próximos cuatro años sin necesidad de disponer de la titulación exigida en el PCT.

En consecuencia estima el recurso y anula las cláusulas controvertidas.

b) ***Acuerdo 24/2018, de 4 de mayo de 2018, por el que se resuelve recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato de servicios para un «Programa de atención integral a las personas que tengan limitada su autonomía por razón de enfermedad mental u otro tipo de trastornos y que se hallan bajo la medida protectora de la Comisión de tutela y defensa judicial de adultos de la CA en Teruel y municipios de la provincia»***

Dado que nos encontramos ante un expediente iniciado antes de la entrada en vigor de la LCSP la resolución de las cuestiones planteadas se realizará de conformidad con lo establecido en el TRLCSP y Directiva 2014/24/UE.

Son dos las cuestiones planteadas. La primera de ellas versa si la oferta económica de la adjudicataria se ajusto o no al modelo de ofertas establecido en el Anexo VI del PCAP y si ello ha conllevado un alteración sustancial de dicho modelo de proposición. El Tribunal entiende que no se ha producido dicha alteración y por ello no concurre el supuesto invocado por la recurrente de existencia de error manifiesto, previsto en el art. 84 del RD 1098/201, RGLCAP, como uno de los supuestos de rechazo de las proposiciones.

A pesar de ello, la Mesa de contratación apreció «falta de claridad en la oferta económica» por lo que se requirió a la licitadora que aclarase si la oferta hacia referencia a todo el periodo previsto de vigencia del contrato. Dicha posibilidad se encuentra prevista tanto en el PCAP como en el art. 9 de la Ley de medidas de contratación del sector público de Aragón. El Tribunal considera que no había necesidad de acudir a dicho supuesto ya que el modelo de proposición no había sido alterado, y que la aclaración solicitada daba una oportunidad a la requerida de modificar o corregir la oferta. Y si realmente se hubiera producido dicho error a juicio del Tribunal nos encontraríamos ante el supuesto de reconocimiento por el licitador de error o inconsistencia que hace inviable la oferta que conllevaría el rechazo de la misma.

No obstante, tras tildar de irregular la actuación de la Mesa, el Tribunal estima que la misma no puede perjudicar al licitador adjudicatario, pues su oferta, objetiva y realmente no planteaba duda ni ambigüedad alguna, y finalmente no vino a ser corregida ni modificada en el trámite de aclaraciones.

En segundo lugar, ante la baja económica de un 61,8 % que suponía la oferta económica de la adjudicataria, aducida por la recurrente para calificarla como oferta con valores anormales o desproporcionados, el Tribunal recuerda que el art. 152 TRLCSP establece la posibilidad que no la obligación de rechazar la proposición, correspondiendo a los pliegos la determinación de los parámetros objetivos para apreciar que una oferta no puede ser realizada como consecuencia de la inclusión de valores de dicha naturaleza. En el supuesto enjuiciado tanto la cláusula 15 como el anexo IX del PCAP no contienen

previsión alguna al respecto, lo que no admite mas interpretación que la ausencia de voluntad del órgano de contratación de establecer tales parámetros objetivos.

En consecuencia se desestima el recurso.

Bienes locales

Eloy Colom Piazuelo

I. LEGISLACIÓN

En el año 2018 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.

En concreto, se ha aprobado la **Ley 14/2008, de 8 de noviembre, de memoria democrática de Aragón.** En ella se contienen diversas referencias que pueden ser aplicables al patrimonio de las Entidades locales. Así, en su art. 31 se establece que se considera contraria a la memoria democrática de Aragón y a la dignidad de las víctimas la exhibición pública de elementos o menciones realizados en conmemoración, exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del golpe de Estado de 1936 y del franquismo, de sus dirigentes o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, tales como las placas, escudos, insignias, inscripciones, anagramas y otros elementos sobre edificios públicos o situados en la vía pública, entre otros elementos. De conformidad con lo previsto en su art. 32, dichos elementos colocados en edificios públicos deberán ser retirados por las instituciones o personas jurídicas titulares de los mismos; y no habiéndose producido la retirada o eliminación de los elementos a que se refiere este artículo de manera voluntaria, el departamento competente en materia de memoria democrática incoará de oficio el procedimiento para la retirada de dichos elementos, cuyos trámites se regulan en el precepto comentado, pudiendo

ejecutar subsidiariamente la resolución definitiva con arreglo a lo previsto en la legislación de procedimiento administrativo común.

Además, en el art. 33 se establece que con carácter general las Entidades locales de Aragón que no eliminen de sus edificios y espacios públicos símbolos contrarios a la memoria democrática de Aragón o que obstruyan el cumplimiento de lo que esta ley establece con respecto al reconocimiento y reparación de las víctimas mediante su exhumación o el acceso a documentos de memoria democrática podrán ser objeto de sanción mediante la exclusión de procesos de concesión de subvenciones y ayudas públicas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, según se estipula en el Título IV de la Ley comentada. También en el citado artículo se establece que las Administraciones públicas de Aragón, en el marco de sus competencias, no concederán subvenciones ni ayudas públicas ni permitirán la ocupación por cualquier título de bienes o espacios públicos a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que persigan la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, exaltación del golpe de Estado o del franquismo, u homenaje o concesión de distinciones a las personas físicas o jurídicas que apoyaron el golpe de Estado y la dictadura. A efectos de dar cumplimiento a lo establecido en este artículo, por el departamento competente en materia de memoria democrática se establecerá una base de datos conforme a lo estipulado en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que permita la comprobación de aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sido sancionadas por resolución administrativa firme en aplicación de esta Ley.

En el art. 34 se establece que los objetos y símbolos retirados de los edificios de titularidad pública se depositarán, garantizando el cese de su exhibición pública por cualquier modo, en dependencias comunicadas al departamento competente en materia de memoria democrática. En el Censo de símbolos contrarios a la memoria democrática constarán aquellos que han sido retirados, tanto de titularidad pública como privada.

Complementando la regulación expuesta, en la Disposición adicional cuarta de la Ley comentada se establece un plazo máximo de dieciocho meses a partir de la fecha de entrada en vigor de esta ley para proceder a la retirada o eliminación de los elementos a que se refiere el art. 31 antes mencionado; en caso contrario, el departamento competente en materia de memoria democrática incoará de oficio el procedimiento previsto en el citado artículo para la retirada de dichos elementos.

Por último, en el art. 42 se establece un deber de colaboración de las Entidades locales. En particular, en el citado precepto se dice que el departamento

competente en materia de memoria democrática colaborará con las Entidades locales de Aragón para contribuir a la ejecución de las medidas y acciones previstas en esta Ley, especialmente en todo lo referido a la investigación, conocimiento, conmemoración, dignificación, fomento y divulgación de la memoria democrática. Los Entes locales colaborarán en el cumplimiento de los objetivos de esta ley en relación con el libre acceso a la documentación de memoria democrática y la concesión de los permisos pertinentes con relación al acceso a terrenos de titularidad municipal y cualquier otra cuestión recogida en esta ley. Si una Entidad local incumple las obligaciones recogidas en esta Ley, el departamento competente en materia de memoria democrática le recordará su cumplimiento, concediéndole el plazo de un mes a tal efecto. Si transcurrido dicho plazo el incumplimiento persistiera, el departamento adoptará las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación, de acuerdo con los requisitos previstos en el art. 60 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

II. JURISPRUDENCIA

1. Ejercicio de acciones judiciales: necesidad de dictamen previo del secretario o asesoría jurídica, o, en su caso, de letrado

Se ha dictado la **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm 5ª, Zaragoza, núm. 74/2018, de 5 de abril**, que se ha pronunciado sobre la necesidad de un dictamen previo antes de acordar el ejercicio de las acciones judicial en defensa del patrimonio local y la invalidez de las decisiones acordando la interposición de las acciones correspondientes si se carece del mismo. Dichas decisiones fueron adoptadas por el Ayuntamiento de Zaragoza

En concreto, el acuerdo recurrido del Gobierno de Zaragoza disponía que por la Asesoría Jurídica Municipal se ejercitasen, en el momento que procediera, las pertinentes acciones administrativas y judiciales declarativas de dominio y de posible nulidad y rectificación registral practicada al respecto de la catedral de San Salvador (la Seo), de la iglesia parroquial de Santa María Magdalena, San Juan de los Panetes y de Santiago el Mayor en Zaragoza a favor del Arzobispado de Zaragoza, con la finalidad de dilucidar y proteger el dominio y la utilización pública de los citados bienes. Contra dicho acuerdo recurrió el Arzobispado de Zaragoza ante el Juzgado de lo contencioso, alegando diversos vicios.

La primera alegación sobre la que tiene que pronunciarse la Sentencia citada se refiere al órgano competente para adoptar el acuerdo. Como se afirma en la

Sentencia comentada, el recurrente sostiene que era el Pleno del Ayuntamiento de conformidad con lo prevenido en el art. 22.2.j) de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985; pero el planteamiento de la actora, que ha de ser desestimado, se refiere a los Municipios que no son de gran población, siendo de aplicación al caso que nos ocupa los arts. 123 y 127 de la misma Ley , incluidos en el Título X regulador del Régimen de organización de los Municipios de gran población. En dichos preceptos, sigue diciendo la Sentencia, dentro de las atribuciones del Pleno y de las Juntas de Gobierno Local se incluye, en las materias de su competencia, el ejercicio de acciones judiciales.

Y la segunda alegación se centra en que los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades locales, deberán adoptarse previo dictamen del Secretario, o, en su caso, de la Asesoría Jurídica y, en defecto de ambos, de un Letrado –art. 54. 3 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y art. 221.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1986–. Preceptos cuya aplicación ha sido exigida en diversas SSTS que se citan en la Sentencia comentada y en la que queda reflejada su relevancia para justificar el ejercicio de las acciones.

Partiendo de la necesidad de la existencia de un dictamen previo, en la Sentencia comentada se examina si ha existido el mismo y, en el caso de existir, si su contenido es suficiente para fundamentar el ejercicio de acciones judiciales por el Ayuntamiento de Zaragoza.

En la Sentencia comentada se examina el contenido de un informe sobre la titularidad dominical de la catedral de la Seo y María Magdalena elaborado por la Asesoría jurídica obrante en autos y el mismo se considera insuficiente. En concreto, sobre él se afirma:

> El Informe aludido consta en los folios 1 a 10 del expediente, y el mismo comienza con una referencia a los antecedentes históricos de la Catedral de San Salvador, y a las reformas llevadas a cabo en el edificio. A continuación señala en el apartado denominado Consideraciones Jurídicas que ...Dadas las inversiones públicas realizadas en las iglesias de la Seo y la Magdalena y dada la dificultad de conocer el modo en que la Iglesia ha podido adquirir y puede mantener la titularidad dominical de dichas iglesias, el Ayuntamiento de Zaragoza, como parte de la organización territorial del Estado (art 137 CE) y sometida y obligada a servir objetivamente los intereses generales (art 103 CE) puede dirigirse a la Administración general del Estado y a la de la Comunidad Autónoma de Aragón instándoles a que realicen un análisis profundo de la situación de la titularidad dominical de los templos y en su caso el ejercicio de las acciones legales pertinentes para dilucidar y en su caso, recuperar la titularidad pública de ellos.

A continuación refiere que el hecho determinante de la presunta propiedad actual es la inscripción registral de 1987, cuya legalidad puede ser cuestionada al amparo del art 5.4 del Reglamento Hipotecario de 1947. Que la inmatriculación de la Seo vulneró la excepción prevista en el precepto mencionado. Que la certificación del Arzobispo de 1987, al ser admitido por el Registrador correspondiente, pudo ser utilizada como título para el acceso a la vida tabular de la Seo y la Magdalena siendo este el único documento que pudiera acreditar la propiedad del inmueble y las vicisitudes de su titularidad y añade que como no es conocido el contenido de esa certificación y si la misma pudiera llegar a mostrar el título originario y las transmisiones de la propiedad de la Iglesia Católica al Estado o viceversa en virtud de los hechos analizados anteriormente u otros que pudieran ser acreditados, ante esta situación «entendemos podría ser indagada la realidad del derecho de propiedad y la posesión que predica la Iglesia y, en cualquier caso, examinar los términos literales de la certificación expedida por el Arzobispado. Se añade que se desconoce si los templos pudieron ser adquiridos por usucapión y que debe realizarse un análisis histórico exhaustivo con la documentación que pudiese acreditar las transmisiones que se realizasen en los distintos períodos históricos, y en especial en el siglo XX, entre el Estado y la Iglesia Católica. A continuación menciona el Real Decreto Ley de 1926, Decreto de 1931 y la Ley 3/99 de Patrimonio Cultural Aragonés y la Orden de 18 de febrero de 2002 y concluye lo siguiente: En definitiva, a la luz de lo expuesto, sin perjuicio de una obligada investigación sobre la documentación histórica estatal, autonómica, local y arzobispal, cabe que la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma, indaguen, al objeto de averiguar el modo o manera en que la realidad de la propiedad justifica las irregulares inscripciones de 1987 y el Ayuntamiento podría instarles a que así lo hicieran.

Hasta aquí el contenido del informe. Informe en el que no consta referencia alguna a la posible información o asesoramiento respecto de la procedibilidad del ejercicio de acciones a entablar, que según el acuerdo serían las declarativas de dominio y de posible nulidad y rectificación registral practicada al respecto de la catedral de San Salvador (la Seo) y de la iglesia parroquial de Santa María Magdalena en Zaragoza a favor del Arzobispado de Zaragoza.

Respecto de los templos San Juan de los Panetes y de Santiago el Mayor en Zaragoza no hay informe, ni consta siquiera solicitud dirigida a la Asesoría Jurídica al respecto.

Partiendo de la insuficiencia del contenido del informe emitido por la Asesoría jurídica del Ayuntamiento, a continuación sostiene que se carece del dictamen requerido por la normativa local y se anula el acuerdo, como puede apreciase a continuación:

Los razonamientos expuestos por el Tribunal Supremo en la sentencia arriba referida, sentencia en la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra un acuerdo municipal para el ejercicio de acción de recuperación de finca de titularidad de particulares, anulándolo, por ausencia de informe preceptivo, son

extrapolables al caso que nos ocupa. Ya que en este caso, ambas decisiones, igual que en el supuesto analizado en la sentencia, se han adoptado sin existir elementos de juicio necesarios en cuanto a los posibles de derechos que pudiera ostentar el Ayuntamiento de Zaragoza sobre los referidos templos, a los efectos de plantear las acciones mencionadas en el Acuerdo.

De hecho, esa falta de asesoramiento aún se pone más en evidencia cuando la Dirección General del Patrimonio del Estado, en sendas Resoluciones de 1 de marzo de 2018, no solo no plantea dudas sobre la titularidad de tres de los templos a favor de la Iglesia, sino que respecto del cuarto, San Juan de los Panetes, afirma la titularidad estatal.

De manera que aun tratándose de un requisito no vinculante, la decisión de interponer acciones judiciales se adopta desconociendo si hay un indicio o no de que el Ayuntamiento de Zaragoza ostenta algún derecho sobre los referidos templos. No ha existido una opinión experta en derecho, tal y como indica la sentencia, para adoptar el acuerdo de ejercicio de acciones, y hacer más difícil que un órgano administrativo inicie un pleito de manera irreflexiva o sin conocimiento de lo que son sus derechos y las posibilidades de obtener una respuesta favorable.

El recurso por tanto, se estima, debiendo ser anulados los acuerdos recurridos.

III. **DOCUMENTACIÓN**

Durante el año 2018 es preciso dar cuenta de diversas actuaciones administrativas con incidencia en el patrimonio local.

Entre ellas cabe mencionar las referidas a las cesiones de bienes demaniales. Pueden citarse, por ejemplo, el Decreto 2/2018, de 9 de enero, 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 Muniesa con destino al servicio de depuración de aguas residuales del Municipio (*BOA,* 17/1/2018); el Decreto 3/2018, de 9 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión a favor del Instituto Aragonés del Agua, de unas parcelas situadas en el término municipal de Villarquemado con destino al servicio de depuración de aguas residuales del Municipio (*BOA,* 17/1/2018); el Decreto 15/2018, de 23 de enero, 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 Ateca con destino al servicio de depuración de aguas residuales del Municipio (*BOA*, 6/2/2018); el Decreto 16/2018, de 23 de enero, 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 Villel con destino al servicio de depuración de aguas residuales del Municipio (*BOA*, 6/2/2018); el Decreto 65/2018, de

10 de abril, 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 Alcolea de Cinca con destino al servicio de depuración de aguas residuales del Municipio (*BOA*, 20/4/2018); el Decreto 106/2018, de 19 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión gratuita de un inmueble, en Caspe, C/ San Agustín, 1, dispuesta por su Ayuntamiento, para ubicar la Oficina de Empleo (*BOA*, 29/6/2018); el Decreto 159/2018, de 4 de septiembre, 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 Zaidín con destino a una planta de tratamiento de purín (*BOA*, 12/9/ 2018); el Decreto 190/2018, de 6 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión gratuita a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, de una finca sita en Bailo (Huesca) donde se ubica un helipuerto de retén de incendios forestales (*BOA*, 13/11/18); o el Decreto 208/2018, de 3 de diciembre, 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, de un terreno sito en Valderrobres para su destino a uso sanitario (*BOA*, 13/12/18).

Además, pueden citarse diversos acuerdos de autorización para la desafectación parcial de bienes comunales. Entre ellos puede hacerse referencia, por ejemplo, a la Orden PRE/654/2018, de 16 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 y su calificación como bien patrimonial, correspondiente a 3-23-29 hectáreas de paraje «Carralaspeñas», parcela 484 del polígono 35, para su posterior cesión (*BOA*, 3/5/2018); o la Orden PRE/1900/2018, de 12 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón que aprueba la desafectación de bien comunal del Ayuntamiento de Tauste y su calificación como bien patrimonial, correspondiente a 4-76-07 hectáreas en paraje «Las Fuesas» para su posterior cesión (*BOA*, 3/12/2018)

También, pueden mencionarse diversas autorizaciones para la enajenación de bienes. Así, pueden citarse la Orden PRE/200/2018, de 24 de enero, por la que se autoriza a la Entidad Local Menor de Almudáfar para proceder a la enajenación, por subasta pública, de finca rústica calificada como bien patrimonial (*BOA*, 14/2/2018); la Orden PRE/505/2018, de 12 de marzo, por la que se autoriza la enajenación, mediante licitación por pluralidad de criterios, de terrenos de uso industrial pertenecientes al Ayuntamiento de Erla e integrados en el patrimonio público del suelo del Municipio (*BOA*, 28/3/18); la Orden PRE/506/2018, de 13 de marzo, por la que se autoriza la enajenación mediante permuta de fincas pertenecientes al Ayuntamiento de Sangarrén (*BOA*, 28/3/2018); la Orden PRE/507/2018, de 13 de marzo, por la que se autoriza la enajenación por subasta pública de bienes inmuebles pertenecientes al Ayuntamiento de Argente

(*BOA*, 28/3/18); la Orden PRE/1063/2018, de 6 de junio, por la que se autoriza el arrendamiento con opción de compra mediante subasta, de bienes inmuebles pertenecientes al Ayuntamiento de Ferreruela de Huerva (*BOA*, 22/6/2018); la Orden PRE/1090/2018, de 13 de junio, por la que se autoriza la enajenación por subasta pública de bienes inmuebles pertenecientes al Ayuntamiento de Bubierca (*BOA*, 27/6/2018); la Orden PRE/1377/2018, de 7 de agosto, por la que se autoriza la enajenación mediante licitación por pluralidad de criterios, de bien inmueble perteneciente al Ayuntamiento de Sallent de Gállego e integrado en el patrimonio público del suelo del Municipio (*BOA*, 28/8/2018); la Orden PRE/1566/2018, de 18 de septiembre, por la que se autoriza la enajenación por subasta pública de bienes inmuebles de uso industrial pertenecientes al Ayuntamiento de Alcampell (*BOA*, 17/10/2018); la Orden PRE/1633/2018, de 1 de octubre, por la que se autoriza la enajenación por subasta pública de bienes inmuebles pertenecientes al Ayuntamiento de Huerto (*BOA*, 17/10/2018); o la Orden PRE/1693/2018, de 8 de octubre, por la que se autoriza la enajenación por subasta pública de bienes inmuebles pertenecientes al Ayuntamiento de Albalatillo (*BOA*, 26/10/2018).

También puede citarse, en relación con los aprovechamientos de bienes comunales, el Decreto 105/2018, de 9 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la Ordenanza reguladora del aprovechamiento de los bienes comunales del Ayuntamiento de Ejea de los Caballeros (*BOA*, 29/6/2018).

Finalmente y en relación con los montes catalogados locales, se han publicado diversas variaciones en el Catálogo de montes: la Resolución de 1 de febrero de 2018, del Servicio Provincial de Desarrollo Rural y Sostenibilidad de Zaragoza, por la que se da publicidad a las variaciones producidas en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia de Zaragoza durante el año 2017 (*BOA*, 22/2/2018); la Resolución de 2 de marzo de 2018, 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 2017 (*BOA*, 28/3/2018); la Orden DRS/645/2018, de 28 de marzo, por la que se aprueba el expediente de inclusión de las parcelas 128, 129, 130 y 131 del polígono 18 del término municipal de Sarrión (Teruel) en el monte de utilidad pública número 312 denominado «La Quebrantada, El Alto, La Dehesa y otros», de titularidad del Ayuntamiento de Sarrión y sito en su término municipal (*BOA*, 30/4/2018); la Orden DRS/504/2018, de 2 de marzo, por la que se aprueba la ampliación del actual monte de utilidad pública número 484 de los de la provincia de Zaragoza, denominado «Las Solanas», propiedad del Ayuntamiento de Alpartir y sito en su término municipal (*BOA*, 27/3/2018); la Orden DRS/750/2018, de 16 de abril, por la que se aprueba la ampliación del monte de utilidad pública núme-

ro 510 de los de la provincia de Zaragoza, denominado «La Hermana, Agudillos, Cabechuelas y Cerro de la Horca», propiedad del Ayuntamiento de Almonacid de la Sierra y sito en su término municipal (*BOA*, 16/5/2018); la Orden DRS/1069/2018, de 1 de junio, por la que se declara de utilidad pública el monte denominado «La Lomaza», propiedad del Ayuntamiento de Belchite (Zaragoza) y sito en su término municipal (*BOA*, 25/6/ 2018); la Orden DRS/1331/2018, de 25 de julio, por la que se aprueba el expediente de exclusión de 2,18 has. de terrenos del Monte de Utilidad Pública número 27 denominado «Pinar de las Fuentes» perteneciente al Ayuntamiento de Orihuela del Tremedal y situado en su término municipal, por estar afectadas por la delimitación del casco urbano (*BOA*, 13/8/2018); o la Orden DRS/1533/2018, de 3 de septiembre, por la que se aprueba la declaración de utilidad pública del monte denominado «Solana de Vadehierro, Umbría del Gayubar, Solana del Caldero, Val de San Sebastián y Otros», perteneciente al Ayuntamiento de Huesa del Común (Teruel) y situado su término municipal, formado por el monte consorciado TE-3131 y parcelas públicas de carácter forestal anexas, y su inclusión en el Catálogo de Teruel con el número 435 (*BOA*, 28/9/ 2018).

Asimismo, se han autorizado diferentes enajenaciones parciales de montes: Orden DRS/643/2018, de 23 de marzo, por la que se aprueba el expediente de permuta de una superficie de 0,7300 ha de terrenos en el monte de utilidad pública número 310 «Dehesa de San Felices», por una superficie de 1,9496 ha de terrenos particulares de las parcelas 124 (1,8535 ha) y 195 (0,0961 ha) del polígono 111 del catastro de rústica de Sestrica, enclavados del monte de utilidad pública número 79, «Blanco o Los Cabezos y Dehesa Valporquera», ambos montes de titularidad del Ayuntamiento de Sestrica (Zaragoza) (*BOA*, 30/4/2018); Orden DRS/644/2018, de 23 de marzo, por la que se aprueba el expediente de permuta de una superficie de 2,1510 has. de terrenos en monte de utilidad pública número 88 «El Verp», y ubicados en los recintos 24, 25, 26 y 27 de la parcela 1355 del polígono 1 de la cartografía de sigpac del Municipio de Mequinenza, por una superficie de 2,1949 ha de terrenos particulares en los recintos 1, 2, 4 y 7 de la parcela 1349 y parte del recinto 5 de la parcela 1345, ambas del polígono 1 de la cartografía de sigpac del Municipio de Mequinenza, colindantes con el mismo monte de utilidad pública de titularidad del Ayuntamiento de Mequinenza (Zaragoza) (*BOA*, 30/4/2018); Orden DRS/1190/2018, de 15 de junio, por la que se autoriza la permuta de terrenos pertenecientes al monte de utilidad pública número 58 del Catálogo de los de Utilidad Pública de la provincia de Zaragoza, denominado «Dehesa Lobera y Morales», propiedad del Ayuntamiento de Talamantes y sito en su término municipal, por terrenos de titularidad particular (*BOA*, 16/7/2018); Orden DRS/1534/2018, de 3 de septiembre, por la que se autoriza la permuta de terrenos pertenecientes al monte de utili-

dad pública número 86 del Catálogo de los de Utilidad Pública de la provincia de Zaragoza, denominado «Colón y Estremera», propiedad del Ayuntamiento de Maella y sito en su término municipal, por terrenos de titularidad particular (*BOA*, 28/9/2018); Orden DRS/1702/2018, de 1 de octubre, por la que se autoriza la permuta de terrenos pertenecientes al monte de utilidad pública número 86 del Catálogo de los de Utilidad Pública de la provincia de Zaragoza, denominado «Colón y Estremera», propiedad del Ayuntamiento de Maella, por terrenos de titularidad particular (*BOA*, 29/10/2018); o la Orden DRS/1703/2018, de 1 de octubre, por la que se autoriza la permuta de terrenos pertenecientes al monte de utilidad pública número 87 del Catálogo de los de Utilidad Pública de la provincia de Zaragoza, denominado «Derecha del Río Matarraña», propiedad del Ayuntamiento de Maella y sito en su término municipal, por terrenos de titularidad particular (*BOA*, 29/10/2018).

Con respecto a los montes catalogados locales, se han publicado planes de aprovechamientos forestales: Resolución de 3 de enero de 2018, de la Dirección General de Gestión Forestal, Caza y Pesca, por la que se aprueba el plan anual de aprovechamientos del año 2018 (PAA), 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*, 26/1/2018); o Resolución de 17 de enero de 2018, de la Dirección General de Gestión Forestal, Caza y Pesca, por la que se aprueba el plan anual de aprovechamientos del año 2018 (PAA), 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*, 9/2/2018).

Por último, se han publicado diversas actuaciones en relación con los montes públicos: la Orden DRS/363/2018, de 6 de febrero, por la que se aprueba el deslinde total administrativo del monte 429 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «La Zapata y Llanos de Barberán», perteneciente al Ayuntamiento de Albentosa (Teruel) y situado en su término municipal (*BOA*, 2/3/2018); la Orden DRS/496/2018, de 26 de febrero, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 141 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «Chaparral», propiedad del Ayuntamiento de Lidón (Teruel), y situado en su término municipal (*BOA*, 23/3/2018); la Orden DRS/608/2018, de 16 de abril, por la que se aprueba el deslinde parcial administrativo, deslinde en primera fase, del monte 167 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Huesca, denominado «Boalar y San Bartolomé», perteneciente al Ayuntamiento de Sabiñánigo, y situado en su término municipal (*BOA*, 20/4/2018); la Orden DRS/915/2018, de 8 de mayo, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 233 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «La

Cuesta», propiedad del Ayuntamiento de Orrios (Teruel), y situado en su término municipal (*BOA*, 6/6/2018); la Orden DRS/940/2018, de 14 de mayo, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 166 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «Fuente del Carro», propiedad del Ayuntamiento de Alcalá de la Selva (Teruel), y situado en su término municipal (*BOA*, 11/6/2018); la Orden DRS/941/2018, de 15 de mayo, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 426 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «La Rocha», propiedad del Ayuntamiento de Fonfría (Teruel), y situado en su término municipal (*BOA*, 11/6/2018); la Orden DRS/1231/2018, de 26 de junio, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 315 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «Barrancos», propiedad del Ayuntamiento de Alba (Teruel), y situado en su término municipal (*BOA*, 25/7/2018); la Orden DRS/1232/2018, de 26 de junio, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 305 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «Rocha de Valdepérez», propiedad del Ayuntamiento de Aliaga (Teruel), y situado en su término municipal (*BOA*, 25/7/2018); la Orden DRS/1266/2018, de 4 de julio, por la que se aprueba el amojonamiento parcial del monte de utilidad pública número 303 de los de la provincia de Zaragoza, denominado «Valcardera», propiedad del Ayuntamiento de Tarazona y sito en su término municipal, en su colindancia con la finca «Valcardera-Cañada Madre», propiedad del Ayuntamiento de Ablitas (Navarra) (*BOA*, 31/7/2018); la Orden DRS/1267/2018, de 9 de julio, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 168 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «Pinar de la Cruz de Peñarroya», propiedad del Ayuntamiento de Alcalá de la Selva (Teruel), y situado en su término municipal (*BOA*, 31/7/2018); la Orden DRS/1268/2018, de 9 de julio, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 380 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «La Incosa», propiedad del Ayuntamiento de Formiche Alto (Teruel), y situado en su término municipal (*BOA*, 31/7/2018); la Orden DRS/1269/2018, de 12 de julio, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 307 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «Cabezo Barbero, Cárcamas y Cerro Peñalisa», propiedad del Ayuntamiento de Aliaga (Teruel), y situado en su término municipal (*BOA*, 31/7/2018); la Orden DRS/1532/2018, de 3 de septiembre, por la que se aprueba el deslinde total administrativo del monte 357 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Huesca, denominado «Asún», perteneciente a la Comunidad Autónoma de Aragón y situado en el término municipal de Sabiñánigo (Huesca) (*BOA*, 28/9/2018); la Orden DRS/1776/2018, de 8 de oc-

tubre, por la que se aprueba el deslinde total administrativo del monte 329 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «El Alto», perteneciente al Ayuntamiento de Villafranca del Campo (Teruel) y situado en su término municipal (*BOA*, 13/11/18); o la Orden DRS/2094/2018, de 14 de diciembre, por la que se aprueba el amojonamiento total administrativo del monte número 421 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «Aguanaces», propiedad del Ayuntamiento de Teruel, y situado en su término municipal (*BOA*, 8/1/19).

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, merecen una referencia específica las siguientes, advirtiendo que comentamos en primer lugar las de rango legal, por orden de publicación y, después, las de carácter reglamentario, también por orden de publicación, sea cual sea su rango; y que solo se efectuará un comentario específico en el caso de que la disposición haya sido relevante:

1. Ley 2/2018, de 28 de febrero, de Presupuestos para el ejercicio 2018 (*BOA*, 48, de 8 de marzo)

Los preceptos de dicha Ley relativos a la *financiación de las Entidades locales* aparecen regulados, en lo básico, en el Título V de la misma.

En este sentido, el art. 35 procede a establecer las *normas de gestión del Fondo local de Aragón*. Dicho Fondo aparece constituido por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades locales como apoyo al desarrollo y gestión de las actividades que sean competencias de estas últimas. El desglose de la cuantía y destino de las referidas transferencias se recoge en el Anexo I de la propia Ley de Presupuestos, si bien se prevé la posibilidad de habilitar, a lo largo del ejercicio, cantidades adicionales dirigidas a esta misma finalidad.

Junto a lo anterior, se prevé que el Gobierno de Aragón podrá determinar las líneas de subvención del Fondo Local de Aragón dirigidas a financiar la colaboración en el mantenimiento de las actuaciones y servicios de competencia compartida entre la Comunidad Autónoma de Aragón y las entidades locales, pudiendo ordenarse anticipos de pago del 90 % del importe concedido.

Junto a ello, y en el marco de la política demográfica y contra la despoblación, los arts. 36 y 37 hacen referencia a *diversos programas de financiación* (en especial, el *Fondo de Cohesión Territorial*), destinados a los diversos agentes sociales y territoriales y orientados, en lo fundamental, al fomento de la realización de actuaciones destinadas a combatir el fenómeno de la despoblación.

Por su parte, el art. 38 de la Ley de Presupuestos hace referencia al *Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Básicos*, Fondo de nueva creación y destinado a garantizar la suficiencia de las Haciendas municipales en lo relativo al mantenimiento de tales servicios públicos y su prestación en todos los municipios de Aragón.

Junto a las anteriores previsiones, los arts. 39 y 40 de la susodicha Ley regulan diferentes disposiciones concernientes a las *Administraciones comarcales,* tanto en lo relativo a la gestión de los créditos destinados a las mismas, como en lo referente a los determinados programas finalistas de los que aquellas son destinatarias.

Por lo demás, el art. 41 de la Ley de Presupuestos procede a regular el *Fondo de compensación a Ayuntamientos incluidos en áreas calificadas como Espacios Naturales Protegidos de Aragón*. A este respecto, y además de establecer los módulos de reparto, se prevé que el importe máximo a percibir por este concepto sea de 150 000 euros y el mínimo de 5000 euros.

2. Resolución de 15 de enero de 2018, del Presidente de la Cámara de Cuentas de Aragón, por la que se dispone la publicación del Programa de Fiscalización para el año 2018 de la Institución (*BOA*, 14, de 19 de enero)

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 las cuentas del ejercicio 2017 del Sector Público Local Aragonés, la Diputación Provincial de Zaragoza, Los Ayuntamientos de Zaragoza y Teruel y, en general, de las Entidades Locales con retrasos en la presentación de cuentas.

3. Decreto-ley 2/2018, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen medidas urgentes para reparar los daños causados y las pérdidas producidas en el territorio de Aragón por los desbordamientos en la cuenca del río Ebro durante el mes de abril de 2018 (*BOA*, 89, de 10 de mayo)

Sin ser una norma tributaria –no puede serlo según nuestro Estatuto y de todas formas tampoco la Comunidad Autónoma tiene competencias sobre la materia–, en este Decreto-ley leemos lo siguiente:

Disposición adicional cuarta. Compensación de cuotas correspondientes al Impuesto de Bienes Inmuebles ejercicio 2018.

1. El Gobierno de Aragón compensará el importe de las cuotas del Impuesto sobre Bienes Inmuebles del ejercicio de 2018 correspondientes a viviendas y fincas rústicas dañadas como consecuencia directa de las inundaciones.

2. A tal efecto, el Gobierno de Aragón dispondrá las medidas necesarias para hacer efectivo lo previsto en el apartado anterior.

II. JURISPRUDENCIA

En cuanto a sentencias relevantes de tribunales de jurisdicción nacional que afecten a las entidades locales aragonesas hay algunas de interés.

La primera resolución que comentamos es la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2018, de 19 de septiembre (*BOE*, 247, de 12 de octubre), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados de diversos grupos parlamentarios, principalmente del grupo PODEMOS, frente al art. 5 de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, en cuanto a las modificaciones introducidas en diversos preceptos de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón, en lo que concierne al Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas o ICA.

Como se sabe, se trata de un asunto especialmente controvertido que ha dominado la actualidad de la región en general y de su capital en particular en los últimos tres años.

El TC ha desestimado el recurso.

En concreto, los impulsores del recurso sostienen que los preceptos objeto de impugnación (i) vulneran la autonomía local constitucionalmente reconocida por cuanto establecen una nueva regulación del Impuesto sobre Contaminación de las Aguas de Aragón que impide compensar el esfuerzo inversor que determinadas entidades locales hayan podido realizar en instalaciones de depu-

ración de las aguas; (ii) infringen el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, al no responder la normativa a criterios racionales de discrecionalidad; y (iii) vulneran el principio de seguridad jurídica y el de confianza legítima, al haberse modificado radical y súbitamente la regulación existente y no existir ninguna razón de carácter medioambiental que justifique este cambio.

Respecto de la posible vulneración de la autonomía local el TC ha partido de la jurisprudencia emitida sobre el poder tributario de las CC AA, en particular la que se refería a los impuestos hídricos, afirmando, como ya hizo, que el ICA respeta lo dispuesto en el art. 6.3 de la LOFCA (prohibición de duplicidad sobre hechos imponibles ya gravados por las entidades locales) en relación con la tasa municipal de depuración o tarifa por la prestación de servicios vinculados a la depuración de las aguas de Zaragoza, dado que no existe identidad entre el ICA y dicha tasa o tarifa, pues entre uno y otra existen diferencias en cuanto a su naturaleza tributaria y al hecho imponible que gravan. Como sucede siempre entre un impuesto y una tasa. Aprobando este impuesto, en cualquier caso, no se produce desapoderamiento alguno de las competencias municipales en materia de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

Respecto de la invocada vulneración de la interdicción de la arbitrariedad, por haber establecido bonificaciones que producen ese efecto, vendrá a decir lo mismo. Es sabido que el ICA contiene bonificaciones respecto de los contribuyentes que vierten sus residuales a sistemas de alcantarillado público, en núcleos de población en los que no existen infraestructuras de depuración y también a los de Zaragoza, dado que el tratamiento se realiza mediante infraestructuras que no han sido financiadas por la Comunidad Autónoma. El sistema de bonificaciones no puede al entender del TC considerarse irrazonable –a fin de cuentas todas las cuestionadas tienen una finalidad similar–, lo que ligado a la mínima concesión que ha de quedar en manos del legislador democrático, debe conducir al resultado explicado.

Finalmente, tampoco se considera vulnerado el principio de seguridad jurídica, advirtiendo que no existe un derecho a mantener el *statu quo* fiscal en una determinada situación.

También debe tenerse en cuenta la sentencia del TS de 5 de diciembre de 2017 (RJ 2017 6173), que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por una empresa en relación con la sentencia del TSJ de Aragón de 6 de abril de 2016, que había desestimado el recurso interpuesto contra el art. 8 de la Ordenanza Fiscal del IBI para 2012 en el ayuntamiento de Zaragoza. Dicho precepto establecía tipos de gravamen diferenciados, concretando los umbrales de los valores catastrales a los que, según usos, se aplican dichos tipos. La

normativa no establece la necesidad de estudio económico alguno. Esta sentencia no pudo ser incluida en el informe del año anterior, por su cercanía al final de año.

Por otra parte, hay un buen número de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón desde la redacción del anterior anuario, fechadas por tanto desde finales de 2017 y en 2018 y publicadas en las bases de datos al uso que afecten a las haciendas locales aragonesas.

En cuanto a los recursos de las haciendas locales, reseñaremos una sentencia referida al Impuesto sobre Actividades Económicas o IAE y alguna más relativa al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana o IIVTNU. Después efectuaremos algún comentario respecto de casos relativos a obligaciones fiscales de nuestras entidades locales para con otras administraciones.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2018 (JT 2017/1072) procede a examinar el recurso interpuesto por una entidad mercantil (SAICA, SA) frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza por el que se aprobaba la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora del IAE y se aprobaba como Anexo el referente a las diversas categorías de dicha Ciudad.

Concretamente, la referida Sentencia aborda la problemática relativa a la elaboración del denominado «callejero», así como la fijación de los respectivos coeficientes por «índice de situación» en sede del IAE.

A este respecto, la representación de la entidad recurrente alegaba, en su recurso, tanto la falta de justificación de la nueva categorización de las calles (que pasan de 9 a 7 categorías) al no existir, a su juicio, cambios urbanísticos relevantes, como de la atribución de los respectivos coeficientes de situación a cada una de ellas.

Siendo esto así, y en lo que respecta a la nueva clasificación de las calles, el Tribunal Aragonés, tomando como referencia doctrina anterior suya, así como del Tribunal Supremo, concluye que la modificación adoptada en este punto responde a la adopción de «nuevos criterios» por parte del Ayuntamiento, posibilidad esta legítima y que se encuentra debidamente justificada en el informe de la Universidad que sirve de base al cambio operado, siendo responsabilidad del demandante haber desvirtuado las conclusiones sentadas por la Administración mediante la correspondiente prueba pericial, cosa que la misma no ha hecho.

Distinta es la conclusión a la que se llega en cuanto a la fijación de los respectivos coeficientes o índices de situación, los cuales se ven incrementados en

algunas de dichas categorías como consecuencia de la supresión de dos de las mismas y ello sin fundamento o justificación suficiente. Partiendo de lo anterior, y en la medida en que –se señala– los mencionados coeficientes han de ser fijados de forma motivada al objeto de hacer realidad los principios de capacidad económica y proporcionalidad, el Tribunal procede a estimar (en parte) el recurso interpuesto por la recurrente declarando la nulidad de la Ordenanza reguladora del IAE en lo tocante a los referidos coeficientes de situación.

En cuanto al IIVTNU, La Sentencia del TSJ de Aragón de 15 de noviembre de 2017 (JUR 2017/27984) examina la cuestión de ilegalidad promovida por un Juzgado de lo Contencioso-administrativo respecto a un precepto específico de la Ordenanza Fiscal reguladora del IIVTNU del Ayuntamiento de Sarrión (Teruel).

En concreto, la cuestión a dilucidar tiene por objeto la determinación del momento en que se produce el devengo del referido Impuesto en los supuestos de transmisiones por causa de muerte: si tal momento ha de fijarse en la fecha en que se produce el fallecimiento del causante (como se propone por el Juzgado), o si debe serlo en la fecha indicada en la Ordenanza (esto es, aquella en que los herederos aceptan formalmente la herencia en documento público).

Para resolver esta cuestión, el TSJ Aragonés, recuerda, con base en la jurisprudencia del TS, que nuestro sistema civil, a la hora de acoger la transmisión hereditaria, si bien considera necesaria la aceptación, ello lo hace retrotrayendo sus efectos al momento en que la muerte se produjo, instante este último en el que tiene lugar, en definitiva, el devengo del susodicho Impuesto en el caso ahora examinado (transmisión *mortis causa*).

Ello determina la estimación de la cuestión promovida por el Juzgado anteriormente mencionado y la consiguiente anulación, por su carácter inequívocamente ilegal, del precepto de la Ordenanza discutido.

Otra sentencia a considerar es la de fecha de 31 de enero de 2018 (JUR 2018 98741).

La sala estima el recurso contra la sentencia nº 196/2017, de 6 de septiembre, dictada en el procedimiento ordinario núm. 38/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza en el que es parte apelada la sociedad mercantil autonómica «Plataforma Logística de Zaragoza, PLAZA, SAU» Como se sabe la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2017 declaró la inconstitucionalidad de los arts. 107.1, 107.2.a) y 110.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004. A partir de esa declaración de inconstitucionalidad los juzgados y tribunales que conocían de asuntos relativos al impuesto de plusvalía debían actuar, poniéndose de manifiesto varias tendencias. Una primera tendencia extendería mucho la nulidad práctica de los preceptos reguladores

de este impuesto, al considerar que la declaración de inconstitucionalidad de esos preceptos genera de rebote la inaplicabilidad de otros. Otra tendencia más moderada advertiría que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad tiene matices, pues los preceptos «son inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor». Precisamente en los juzgados de la capital aragonesa la doctrina ha quedado repartida.

El ayuntamiento de Zaragoza apela la sentencia del juzgado núm. 2, explicando precisamente las tesis más ponderadas de otros como el núm. 1 o el núm. 4. Propugna asumir una solución armónica con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el principio de capacidad económica, de manera que sea el juez ordinario quien valore si en las liquidaciones pendientes de pronunciamiento judicial ha existido o no un incremento de valor de los terrenos, procediendo a confirmar las liquidaciones si no se transgrede el límite fijado por el fallo.

El TSJ de Aragón estimará el recurso deducido por al ayuntamiento de Zaragoza, anulando la sentencia apelada. Reproducimos un fragmento de la sentencia por su interés:

> FUNDAMENTOS DE DERECHO:
>
> [...]
>
> La sentencia 59/2017, de 11 de mayo de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4864-2016, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Jerez de la Frontera, en relación con el artículo 107 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.
>
> Para interpretar la misma debemos examinar los razonamientos vertidos en sus fundamentos jurídicos y, como conclusión o resultado de los mismos, el fallo que contiene el pronunciamiento del Tribunal, partiendo de que las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad pueden declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma que se somete a juicio, si bien, por aplicación del principio interpretativo de conservación de las leyes, la declaración de inconstitucionalidad absoluta de la norma se limitará a los casos en los que no exista posibilidad alguna de interpretación conforme con el texto de la Ley fundamental.
>
> Expuesto cuanto antecede y examinado el tenor de la sentencia 59/2017 se advierte que en la misma el Alto Tribunal dedica un fundamento específico a determinar el concreto alcance de la sentencia, el fundamento 5 que antecede al fallo y que se encabeza, expresivamente, con la siguiente indicación: «Antes de pronunciar el fallo al que conduce la presente Sentencia, deben efectuarse una serie de precisiones últimas sobre su alcance:

Pues bien, la primera de tales precisiones es la siguiente:

«a) El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos no es, con carácter general, contrario al Texto Constitucional, en su configuración actual. Lo es únicamente en aquellos supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión. Deben declararse inconstitucionales y nulos, en consecuencia, los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, «únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica» (SSTC 26/2017, FJ 7 ; y 37/2017 , FJ 5)».

Y consecuentemente con tales precisiones, el fallo de la sentencia dispone:

«Estimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4864-2016 y, en consecuencia, declarar que los artículos 107.1 , 107.2 a) y 110.4, todos ellos del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , son inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor.»

Para determinar el alcance de este pronunciamiento hay que señalar que el artículo 38.Tercero de la LOTC dispone –respecto al procedimiento en el que se planteó la cuestión de inconstitucionalidad– que «Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas».

Y con carácter general ese mismo artículo 38 establece en su número primero que «Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*».

Es decir, el destinatario de la sentencia no es, como indica la sentencia apelada, solo el legislador, sino también –de manera inmediata, cabría añadir– todos los Juzgados y Tribunales, señaladamente aquellos que conocen de recursos pendientes de resolver en los que se invoca la aplicación de los preceptos sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

Por lo demás, a juicio de la Sala, el alcance de la reiterada sentencia no es otro que el que resulta del claro tenor que expresa el fallo como resultado del fundamento jurídico último que el Tribunal dedica a precisar tal extremo, lo que evidencia que no ha tenido voluntad de realizar un pronunciamiento de inconstitucionalidad de carácter absoluto, radical o incondicionado. En este mismo sentido se razona en las sentencias de los Juzgados núms. 1 y 4 antes citadas indicando que «de admitirse la anulación de cualesquiera liquidación recurrida que se hubiera emitido en aplicación de los preceptos declarados inconstitucionales en los términos de las sentencias reseñadas, se estaría igualando las consecuencias de estas sen-

tencias con los efectos de una sentencia con declaración de inconstitucionalidad genérica y sin matizaciones. Es decir, no se entiende para qué se habrían hecho las salvedades en el Fallo y fundamentos de las sentencias».

Así las cosas, si en su configuración actual el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos solo resulta inconstitucional «en aquellos supuestos en los que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión», la vinculación de esta sentencia nos obliga a analizar si en el supuesto enjuiciado se ha producido o no una situación inexpresiva de capacidad económica, lo que impone que debamos entrar a conocer del fondo de las cuestiones alegadas por las partes sobre tal extremo, examinando la prueba practicada sobre el incremento del valor del suelo.

Sobre esta cuestión, la parte demandante sostiene que el valor de la finca enajenada ha experimentado una minoración entre el año 2002 en que fue adquirida por ella y el año 2016 en que la vendió a la compañía ALMERICOST, SA. Y para justificar tal extremo presenta un informe de auditoría que refleja la existencia de dicha minoración en la contabilidad de la empresa actora; una pericial de parte, elaborada por un arquitecto superior de la empresa TINSA, que concluye con un cálculo de valor de repercusión del suelo/m² de edificación de 96,68 €/m² en 2002 y de 27,57 €/m² en 2016. Para obtener dichos importes la peritación se funda en el método residual estático y se realiza –indica el informe– en dos etapas. En primer lugar se efectúa un estudio de precios para la tipología de nave industrial en el entorno próximo del polígono industrial PLAZA y en la segunda fase se calcula el valor del suelo finalista. Asimismo acompaña un informe sobre la estructura de costes en las obras ejecutadas por PLAZA que suscribe el Responsable de Control de Gestión de Expo Zaragoza Empresarial.

El Ayuntamiento niega que la parte demandante haya acreditado la minoración pretendida de contrario y no acepta los presupuestos de cálculo de la pericial de la parte actora, por no valorar el suelo en el momento de su adquisición en 2002 por la sociedad recurrente. Asimismo rechaza las alegaciones que se fundan en la información contable de la entidad, porque incluyen costes indebidos y dependen de un factor ajeno al valor del suelo, la calidad de la gestión –mejor o peor– del promotor que asume la urbanización de los terrenos y el proceso de venta y financiación de las parcelas. Sostiene, en fin, con un informe técnico, que el valor del suelo en el momento de su adquisición en 2002 fue fijado en sentencia en 9,04 €/m². Reprocha, además, que la propia TINSA ha emitido otras periciales sobre parcelas próximas que ofrecen precios de venta de 79,78 €/m², importe muy cercano al declarado en la escritura de 78,96 €/m².

De lo actuado resulta que las parcelas aportadas al proyecto de reparcelación del que resultó la parcela ALIF 2.3, posteriormente enajenada mediante compraventa el 26 de enero de 2016, fueron adquiridas mediante procedimiento expropiatorio en 2002, constando como precios de adquisición el de 8,56 €/m² pagado en avenencia –parcelas de 2 647 009 m²– y el de 9,04 €/m² fijado finalmente por el

Tribunal Supremo en sentencia de 20 de junio de 2014 que mantuvo el criterio del Jurado de Expropiación de considerar la clasificación del suelo como no urbanizable de especial protección secano.

El precio de venta del terreno en 2016, dividiendo el asignado a esta concreta parcela por el número de metros cuadrados es de 78,96 €/m² (2 557 338,94€ dividido por los 32 389 m que la escritura reseña como extensión superficial).

Así las cosas, el criterio de valoración que sostiene la empresa PLAZA con la peritación de TINSA resulta ciertamente discutible porque parte de criterios generales, tanto de precios de naves –sobre todo en 2002–, como de costes de construcción, que atienden a tipologías estándar o genéricas, de nave industrial adosada, tipo y superficie construida, prioritarias, entre 500-1500 m², pero sin tomar en consideración las singularidades del polígono industrial PLAZA –en el caso aquí analizado el terreno vendido es una parcela de 32 389 m según escritura de compraventa–.

En efecto, como razona esta misma Sala en sentencia de esta misma fecha, recurso de apelación 179/17 examinando un supuesto similar al presente, el polígono PLAZA está destinado a logística, y posee «una tipología de naves muy amplias, que ocupan la totalidad de las parcelas enajenadas, y que, como expone el arquitecto Sr. Estanislao , en 2002 todavía no se hallaba extendida en Zaragoza. En su declaración este técnico detalla que las naves del Polígono Centrovía no tenían el mismo tamaño en 2002 que las que luego se han construido en PLAZA y que solo a partir de 2007 se ejecutaron en Centrovía naves similares a las de PLAZA –la parcela enajenada tiene 25 634 m² [en este procedimiento 32 389 m²]–. Por estos motivos considera que las muestras empleadas no son lo suficientemente representativas como para obtener una valoración fiable con el criterio empleado por el arquitecto de TINSA».

En definitiva, como asimismo razonamos en dicho recurso, el dictamen de TINSA no atiende a la especificidad del valor del suelo, perfectamente determinado con las garantías de valoración que ofrece un procedimiento expropiatorio del que resultan unos importes de 8,56 €/m² y 9,04 €/m² de los que parte la valoración realizada por el técnico municipal, que calcula sobre el valor de 9,04 €/m² una cantidad inicial de 598 465,44 € por adquisición inicial del terreno a la que suma los gastos de urbanización en la cuenta de liquidación provisional –1 008 897€ obtenidos de la Orden de 15 de abril de 2013 sobre la Operación Jurídica complementaria núm. 2, esto es, los gastos específicos de dicha urbanización–, arrojando un importe de 1 607 362,44 € que resulta muy inferior a los 2 557 338,94 € del precio de venta.

En consecuencia, la prueba pericial presentada no llega a justificar adecuadamente la pretendida situación inexpresiva de capacidad económica.

Con similar criterio se pronuncia, en supuesto idéntico al que ahora examina la Sala, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 4 de Zaragoza de 6 de julio de 2017 , procedimiento abreviado 359/2016, en la que se ra-

zona, «por último, poner de manifiesto que la pericial de TINSA, aportada por la recurrente en el acto de la vista, no desvirtúa las conclusiones a las que hasta aquí se llega, debiendo ponerse de relieve que el perito concluye bajo el título «Cálculo del valor del suelo» que en el año 2015, el valor de repercusión del suelo m², era de 12,33 m², frente a los 96,68 €, del año 2002. Dicha conclusión contradice, tanto el valor del suelo en el momento de la adquisición, claramente determinado de manera firme por la Sentencia del TS, expuesta más arriba, que lo fijaba en unos 9 €/m² (el perito lo fija en 96,68 €/m²), y el precio de transmisión que se constata en la escritura de transmisión, que se fijaría, en una cifra alrededor de los 86 €/m² (tras dividir el precio total de venta, entre la superficie objeto de la venta) frente a los 12,33 €/m², que determina el perito, y dicha cuestión, con independencia del método de valoración que el perito utilice o cualquier otra cuestión que pueda plantearse en relación al método que debiera utilizarse, incurre en una diferencia «tan importante» con los valores objetivos reseñados, que, una de dos, o no resulta útil para aclarar la cuestión que aquí se analiza, o nos impide otorgarle una valoración capaz de contradecir lo que hasta aquí venimos exponiendo, y que con claridad ha expuesto el arquitecto municipal, en informe de 21 de junio de 2017, aportado concretamente por la demandada en el Acto de la Vista».

Cabe añadir también, al igual que se expone en esa sentencia, que la mera contabilización de un concreto importe no constituye un valor técnico específico del suelo, y respecto a la contabilidad de gastos de PLAZA que también se acompaña con la demanda, resultan correctas las alegaciones realizadas por el Ayuntamiento en el sentido de que la información contable de la entidad incluye costes indebidos a los efectos que nos ocupan de determinación de un valor objetivo del suelo –como son los gastos financieros– y es una contabilidad integrada en su conjunto por importes que dependen de factores muy variables, como la calidad de la gestión –mejor o peor– del promotor que asume la urbanización de los terrenos y el proceso de venta y financiación de las parcelas.

Por lo expuesto procede estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada, con desestimación de la demanda.

Respecto de las sentencias referidas a ciertas obligaciones fiscales con otras administraciones comentamos dos casos en el terreno del ICA o su antecesor canon de saneamiento. El primero fue resuelto por la sentencia del TSJ de Aragón de 22 de octubre de 2018 (JUR 2018 317596), que desestima el recurso deducido por la empresa gestora de un campo de golf y por el Ayuntamiento de Calatayud, propietario de las instalaciones, contra la liquidación del impuesto. Los demandantes insistían en que no se producía el hecho imponible, dado que la actividad solo precisa el riego del campo deportivo, de manera que no se genera una actividad contaminante en la que se advierta una influencia antropogénica, ni el vertido se hace a una red de saneamiento público o alcantarillado, ni el agua es tratada por la depuradora. La sala les recuerda que el elemento clave en la formulación del hecho imponible está en la utilización del agua

y no tanto en el vertido. Igualmente desestima el recurso en cuanto a la posible aplicación de alguna exención. Dice, de una parte, que no se puede invocar la exención prevista para usos públicos, pues la utilización del agua no se hace directamente por el Ayuntamiento propietario de las instalaciones, sino por la empresa gestora, y aunque se entendiera lo contrario el destino no es la alimentación de fuentes públicas, bocas de riego o extinción de incendios, únicos usos beneficiarios de esta exención de carácter mixto. Añade que tampoco estamos ante actividades agrícolas o ganaderas, que podría ser otro concepto susceptible de beneficio fiscal.

Otro caso de interés es el resuelto por la sentencia del TSJ de Aragón de 24 de octubre de 2018 (JUR 2018 317600) y está a mitad de camino entre los problemas generados por el ICA y los procedimientos de recaudación instruidos por las haciendas locales. Lo que hace la sala es anular la resolución del Ayuntamiento de Osso de Cinca, a la sazón sujeto pasivo del ICA, por la que se acuerda la compensación de las deudas que mantenía con el Instituto Aragonés del Agua (IAA) con el crédito por el IBI de ciertos terrenos de propiedad de la Comunidad Autónoma. La sala indica que con independencia de que esta figura sea un recurso tributario de la Comunidad Autónoma, desde el momento que por ley se atribuye al IAA el producto de su recaudación, ha de estimarse que es el IAA, en cuanto persona jurídica independiente, el titular del crédito y no la Comunidad Autónoma, por lo que el referido crédito no puede ser compensado con un débito propio de la Comunidad Autónoma.

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:

- Informe sobre acuerdos contrarios a reparos de interventores locales. Ejercicios 2014 y 2015
- Informe de Fiscalización de la Cuenta General de la Diputación Provincial de Zaragoza. Ejercicio 2015.
- Informe de Fiscalización de la Comarca de Andorra-Sierra de Arcos. Ejercicio 2015.
- Informe de Fiscalización del Campo de Borja. Ejercicio 2015.
- Informe de Fiscalización de la Comarca de la Ribagorza. Ejercicio 2015

- Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Caspe. Ejercicios 2013-2015.
- Informe de fiscalización del Fondo de Inversiones en Teruel.
- Informe de Fiscalización de la Cuenta General de la Diputación Provincial de Zaragoza. Ejercicio 2015.
- Informe de Fiscalización de la Comarca de la Ribagorza. Ejercicio 2015.
- Informe de Fiscalización de la Comarca del Campo de Borja. Ejercicio 2015.
- Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Caspe. Ejercicios 2013-2015.

Medio ambiente

Fernando Gurrea Casamayor

I. INNOVACIONES NORMATIVAS

1. Leyes y normas con rango legal

Durante el año 2018 no se ha aprobado ninguna norma con rango legal relacionada con el medio ambiente en la Comunidad Autónoma de Aragón. No obstante, a modo de anticipo, señalo algunos de los rasgos más importantes de la **Agenda 2030**, **aprobada por la ONU**, y que va a marcar en los próximos años casi todas las actuaciones en este campo en todas las administraciones públicas, por supuesto también en las legislativas. Tras dos años de inactividad, el Gobierno de la Nación ha comenzado a desperezarse para el traslado e implantación de lo acordado en la ONU, lo que generará efecto dominó en todas las Comunidades Autónomas, una vez transcurridas las elecciones de mayo, durante el año 2019 y en los años siguientes.

El 25 de septiembre de 2015 en la sede de **Naciones Unidas** en Nueva York, 193 países adoptaron un **acuerdo multilateral y global**, denominado **Agenda 2030**. Este acuerdo nace de la voluntad de todos los países de avanzar hacia un **desarrollo sostenible e inclusivo**. La Agenda 2030 recoge una nueva visión del desarrollo que integra lo económico, lo social y lo medioambiental a través de 17 objetivos y 169 metas con una duración establecida de 15 años, hasta el año 2030. Una de las características más significativas es la **participación de todos los actores en su configuración** y la **necesidad de generar alianzas** para avanzar en la prosperidad. La Agenda 2030 incide en la **necesidad de**

diseñar una nueva gobernanza mundial, una acción conjunta y coordinada entre todos los actores, que permita hacer del crecimiento un verdadero desarrollo sostenible inclusivo.

España dio sus primeros pasos para la gobernanza de la Agenda 2030 con la creación de un **Grupo de Alto Nivel** en el seno de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos el 28 de septiembre de 2017. El 5 de mayo de 2017, el Consejo de Ministros nombró al **Embajador en Misión Especial para la Agenda 2030**, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Más recientemente, la creación del **Alto Comisionado para la Agenda 2030**, a través del Real **Decreto 419/2018**, de 18 de junio, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno, demuestra en este momento el compromiso de España.

El 29 de junio de 2018, el Consejo de Ministros aprobó el «**Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030**», que sienta las bases para poner en marcha los mecanismos, políticas y medidas transformadoras que han de propiciar el diseño y aprobación de una «Estrategia de Desarrollo Sostenible 2020-2030» desde una visión integrada e integral de políticas y actores para una gobernanza ética. El 18 de julio de 2018, España se presentó al **Examen Nacional Voluntario** en el *High Level Political Forum* de Naciones Unidas. Siguiendo los principios marcados en el Plan de acción, se ha establecido la siguiente estructura de gobernanza reforzada:

a) Modificación el **Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030**, dependiente de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, estableciendo sus funciones y modificando su composición.

b) Creación de la **Conferencia Sectorial para la Agenda 2030**, como órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, que contará con representantes de la Administración Local.

c) Creación del **Consejo de Desarrollo Sostenible** como órgano asesor y de colaboración que servirá de cauce para la participación de la sociedad civil en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030.

d) El impulso y las medidas de seguimiento de la Agenda 2030 se incluirán como asunto a tratar en la **Conferencia de Presidentes** con el fin de coordinar la implementación de la Agenda 2030 en todo el territorio.

e) Con el fin de preparar el informe anual de los órganos de coordinación de la Agenda 2030, tal como se establece el «Plan de implementación de la Agenda 2030», se celebrará anualmente una «**Reunión de Alto Nivel para el seguimiento de la Agenda 2030**».

2. Reglamentos

Se relata en este apartado el conjunto de Decretos aprobados por el Gobierno de Aragón durante este año 2018 en materia de medio ambiente, destacándose en negrita en la relación los temas que abordan para facilitar la búsqueda de su contenido. Cuando se repite un tema por realizarse una nueva convocatoria o modificación normativa no se vuelve a remarcar. Entre los temas regulados se encuentran cesiones de suelo, declaraciones de interés general de obras, normas organizativas relacionadas con la estructura del Departamento, creación de comisiones o registros de actividades, modificaciones de reglamentos como el de vertidos o el de clasificación de seguridad de presas, autorizaciones para participar en otros organismos y planes de conservación.

Destaco por su singularidad la conmemoración del centenario del Parque Nacional de Ordesa y Monte Perdido, para lo que se constituyó la oportuna Comisión, por su belleza, trascendencia y por ser el primero reconocido en España, recordando los mínimos de la regulación y gestión de estos espacios. Hay en España 15 espacios calificados como Parques naciones, la figura de mayor protección: Montaña de Covadonga, hoy Picos de Europa (1918), Ordesa y Monte Perdido (1918), Teide (1954), Caldera de Taburiente (1954), Aigüestortes i Estany de Sant Maurici (1955), Doñana (1969), Tablas de Daimiel (1973), Timanfaya (1974), Garajonay (1981), Archipiélago de Cabrera (1991), Picos de Europa (1995), Cabañeros (1995), Sierra Nevada (1999), Islas Atlánticas de Galicia (2002), Monfragüe (2007) y Sierra de Guadarrama (2013). Actualmente se está tramitando la creación del Parque nacional de Sierra de las Nieves en Málaga y el primer parque marítimo nacional en la isla del Hierro, El Mar de las Calmas, de algo más de 20 000 hectáreas cada uno de ellos.

Estas 381 947 hectáreas forman la *Red de Parques Nacionales,* y hay próximas más de 41 000 llamadas a unirse.

Esta realidad de protección en España, que cumple con más de cien años desde la primera regulación en 1916, y la calificación de Parques nacionales a partir de 1918, es sólo equiparable en nuestro entorno sociopolítico a la *Ley Orgánica del Servicio de Parques nacionales*, de 25 de agosto de 1916 en EEUU No ha permanecido pacífica y estable su regulación, pues ha evolucionado a un ritmo acelerado en comparación con otros sectores del ordenamiento. Sirva de ejemplo las últimas incorporaciones normativas como la producida por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental o la modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Ambiental y la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y Diversidad por las Leyes 11/2014 y 33/2015, respectivamente. Súmese a ello en nuestro contexto la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques nacionales y el nuevo Plan Director de la Red de Parques nacionales, aprobado por el

RD 389/2016, de 22 de octubre. Todo ello sin citar otras normas que inciden en la gestión y administración de estos espacios naturales y otros como elementos dignos de protección desde el punto de vista ecológico.

Desde 1833, año en el que se crea la primera Dirección General de Montes, hasta nuestros días, se han sucedido un gran conjunto de normas, si bien es importante destacar para conocer nuestra realidad actual la regulación y el marco competencial que estableció la CE de 1978. La atención competencial de nuestra Carta Magna se centró en la protección del medio ambiente en general, y respecto a los montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias, en particular. No se regula de forma concreta en relación a los Parques Nacionales. Esto ha supuesto un amplio, y no pacífico debate jurídico, entre la AGE y las CC AA que ha obtenido como resultado que: a) a la AGE le corresponde la competencia exclusiva para protagonizar y dirigir la aprobación de la legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales, vías pecuarias y la protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades que asisten a las CC AA para establecer normas adicionales de protección; y b) las CC AA pueden desarrollar su legislación respetando la básica estatal y, cuentan con la posibilidad de asumir competencias respecto a montes, aprovechamientos forestales y aprobar normas adicionales de protección en materia medioambiental.

La intervención de las CC AA en materia de Parques nacionales ha venido de la mano de la regulación competencial genérica en relación a los «*espacios naturales protegidos*» que hace referencia a los recursos naturales y biológicos que merecen especial protección y reconocimiento y que tras pronunciamientos del TC en diversas SS ha servido de anclaje para la legislación autonómica en materia de parques nacionales. Debemos destacar en la evolución de esta aclaración y delimitación competencial la STC 69/1982, de 23 de noviembre, confirmada y reproducida por la STC 82/1982, de 21 de diciembre. Ambas, reconocen la posibilidad de asumir, a través de los EEAA, la competencia exclusiva de «espacios naturales protegidos». El TC entiende que, dado que la competencia exclusiva no significa competencia ilimitada, la legislación autonómica debe estar limitada por la legislación básica estatal. Añadamos a esta primera aproximación de la delimitación del reparto competencial entre los actores las importantes SSTC 194/2004 y 99/2013, que determinan lo que luego plasmó la LPN: la AGE dispone de la competencia exclusiva para dictar legislación básica, declarar oficialmente los Parques nacionales, a propuesta de las CC AA, gestionar los parques declarados sobre aguas marinas y gestionar la Red de Parques nacionales, mientras que las CC AA tienen la competencia para gestionar y administrar los Parques nacionales comprendidos en su territorio.

Sumemos a lo hasta ahora descrito algunas otras decisiones más trascendentes del TC que ayudan a terminar de delimitar el marco jurídico en el que nos desenvolvemos. La STC 10/1995 declaró la nulidad de la atribución exclusiva al Estado de la gestión de los parques nacionales establecida en la Disp. adicional 5ª de la Ley 4/1989. Como consecuencia de ello se aprobó un modelo de cogestión en la Ley 41/1997 de modificación parcial de la anterior. Ambas administraciones comparten responsabilidad en esta materia mediante una Comisión Mixta de Gestión AGE-CC AA. Se incluye la figura del Plan Director de la Red de Parques nacionales, como instrumento para la ordenación de estos espacios.

La STC 194/2004 declaró inconstitucional el aludido sistema de «cogestión», dejando la intervención estatal en un segundo plano, Ley 5/2007: directrices básicas, tutela del sistema y salvaguarda de la Red de Parque nacionales. La gestión pasó a ser ejercida plenamente por las CC AA. A través de los RR.DD. de traspaso del Estado a las CC AA, tanto de medios de personal como de funciones, entre las que se encuentra la gestión ordinaria de los parques, como la asunción de competencias propias en los respectivos EE AA y de la aprobación de normas autonómicas, las CC AA han ido asumiendo la gestión de los Parques nacionales existentes en sus territorios. La Ley 30/2014, de 30 de noviembre, de Parques nacionales, actualiza y refuerza el modelo de gestión por parte de las CC AA, intentando procurar una mejor cooperación e incentivando la participación ciudadana.

- DECRETO 2/2018, de 9 de enero, 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 Muniesa con destino al servicio de depuración de aguas residuales del municipio.
- DECRETO 3/2018, de 9 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión a favor del Instituto Aragonés del Agua, de unas parcelas situadas en el término municipal de Villarquemado con destino al servicio de depuración de aguas residuales del municipio.
- DECRETO 15/2018, de 23 de enero, 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 Ateca con destino al servicio de depuración de aguas residuales del municipio.
- DECRETO 16/2018, de 23 de enero, 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 Villel con destino al servicio de depuración de aguas residuales del municipio.
- DECRETO 18/2018, de 23 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se **declara de Interés General para la Comunidad Autónoma la iniciativa**

para la ejecución de las obras de mejora y adaptación del regadío existente correspondiente a la solicitud de ayudas presentada por la Comunidad de Regantes de la Huerta de Gelsa (Zaragoza), al amparo de la Orden DRS/664/2016, de 1 de julio, por la que se convocan subvenciones en materia de inversiones para la modernización integral del regadío y de inversiones para la mejora y adaptación de regadíos, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para el año 2016.

- DECRETO 65/2018, de 10 de abril, 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 Alcolea de Cinca con destino al servicio de depuración de aguas residuales del municipio.
- DECRETO 66/2018, de 10 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se declara de Interés General para la Comunidad Autónoma de Aragón el regadío social de Mequinenza (Zaragoza), Zona 2.
- DECRETO 85/2018, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que **se crea el Registro de Agricultores y Ganaderos** de la Comunidad Autónoma de Aragón y se regula su funcionamiento.
- DECRETO 86/2018, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la Comisión Interdepartamental de Cambio Climático del Gobierno de Aragón.
- DECRETO 87/2018, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 317/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la **estructura orgánica del Departamento** de Desarrollo Rural y Sostenibilidad.
- DECRETO 89/2018, de 22 de mayo, del Gobierno de Aragón por el que se autoriza la **participación del Gobierno de Aragón en la Fundación Dieta Mediterránea** y se designan representantes.
- DECRETO 90/2018, de 22 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se **declara de Interés General para la Comunidad Autónoma de Aragón el regadío social** de Sarrión (Teruel).
- DECRETO 159 /2018, de 4 de septiembre, 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 Zaidín con destino a una planta de tratamiento de purín.
- DECRETO 176/2018, de 9 de octubre, por el que se aprueba la modificación del **Reglamento de los vertidos** de aguas residuales a las redes municipales de alcantarillado, aprobado por Decreto 38/2004, de 24 de febrero, del Gobierno de Aragón.

- DECRETO 184/2018, de 23 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 86/2014, de 27 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se declara de Interés General de la Comunidad Autónoma de Aragón el regadío social de la zona de Fraga y Torrente de Cinca (Huesca).
- DECRETO 205/2018, de 21 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el **Reglamento regulador de la clasificación y registro de seguridad presas, embalses y balsas** competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- DECRETO 185/2018, de 23 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica parcialmente el Decreto 300/2015, de 4 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se establece un régimen de protección para el urogallo y se aprueba su **Plan de conservación del hábitat.**
- DECRETO 224/2018, de 18 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de modificación del Decreto 123/2017, de 18 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que **se crea la Comisión Aragonesa para la Conmemoración del Centenario de la declaración del Parque Nacional de Ordesa y Monte Perdido.**

3. Otras disposiciones

Las Órdenes materializan **acciones administrativas** concretas en el ámbito del ejercicio de las atribuciones que tiene encomendadas el Departamento, y aquí encontramos una **amplia acción que evidencian una importante actividad de gestión.** Entre ellas podemos citar las dedicadas a crear denominaciones de origen protegidas, regulación de la prevención y lucha contra los incendios forestales, aprobación de estatutos de consorcios, regulaciones sobre purines y estiércoles sólidos, autorización de plantaciones de vid, establecimiento de asesoramiento agrario, instrucciones para la solicitud conjunta de la PAC, o convocatorias como la del Fondo de Inversión de Teruel. Aprueban también programas como el de desarrollo rural, los planes generales de caza y pesca, declaraciones de arboledas o paisajes singulares y obras y mejoras territoriales.

Especial mención merece la **convocatoria de subvenciones y ayudas**, que es la **parte más importante y voluminosa** de las órdenes. Entre ellas se encuentran para la reestructuración del viñedo, modernización de regadíos, inversiones en el sector del vino, producción y comercialización de la apicultura, información y promoción de productos agrícolas, bonificación de intereses de préstamos, participación en regímenes de calidad, para compensaciones de ayuntamientos en áreas de influencia socioeconómica de espacios naturales protegidos. También, convocatorias de subvenciones para asociaciones gana-

deras de animales de razas autóctonas, para la transmisión de pequeñas explotaciones, para la transformación de productos de pesca, ayudas para paliar los daños generados por los desbordamientos, para asociaciones de productores, depuración de aguas residuales, mejora de abastecimiento de agua potable, creación de regadíos sociales, seguros agrarios, adaptación de la ganadería extensiva a los retos ambientales, fomento de la economía circular o programas LEADER.

- ORDEN DRS/364/2018, de 16 de febrero, por la que se prorroga transitoriamente la Orden de 20 de febrero de 2015, del Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio ambiente, sobre **prevención y lucha contra los incendios forestales** en la Comunidad Autónoma de Aragón para la campaña
- ORDEN DRS/406/2018, de 12 de febrero, por la que se reconoce la excepción en el cumplimiento de las normas de la condicionalidad en relación a la aplicación de **purines y estiércoles sólidos** que deben cumplir los beneficiarios que reciban pagos directos, determinadas primas anuales de desarrollo rural o pagos en virtud de determinados programas de apoyo al sector vitivinícola, para las campañas 2018/2019 y 2019/2020.
- ORDEN DRS/426/2018, de 27 de febrero, por la que se determina el procedimiento y se abre el plazo para la solicitud de **servicios de asesoramiento agrario** para los titulares de explotaciones agrarias y forestales y de Pymes de las zonas rurales, en el marco del Programa de Desarrollo Rural de Aragón 2014-2020, para 2018.
- ORDEN DRS/434/2018, de 23 de febrero, por la que se da publicidad al Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 21 de febrero de 2018, por el que se suspende parcialmente la vigencia de la Orden DRS/202/2018, de 31 de enero, por la que se aprueba el **Plan General de Pesca de Aragón para el año 2018.**
- ORDEN DRS/463/2018, de 9 de marzo, por la que se convocan las **subvenciones para la reestructuración y reconversión de viñedo**, establecidas en el Real Decreto, 5/2018, de 12 de enero, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo 2019-2023 al sector vitivinícola español.
- ORDEN DRS/511/2018, de 15 de marzo, por la que se modifica la Orden DRS/2188/2017, de 22 de diciembre, por la que se convocan **subvenciones en materia de inversiones para la modernización integral del regadío** y de inversiones para la mejora y adaptación de regadíos, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para el año 2018.
- ORDEN DRS/517/2018, 15 de marzo, por la que se aprueba la convocatoria de **subvenciones para las inversiones en el sector del vino**, para el año 2018 (ejercicio FEAGA 2019).

- ORDEN DRS/518/2018, de 19 de marzo, por la que se desarrollan las bases reguladoras de las subvenciones en materia de **mejora de la producción y comercialización de los productos de la apicultura**, previstas en el Real Decreto 930/2017, de 27 de octubre, por el que se regula el régimen de ayudas a la apicultura en el marco de los programas nacionales anuales.
- ORDEN DRS/567/2018, de 28 de marzo, que modifica la Orden DRS/209/2018, de 1 de febrero, por la que se establecen las medidas para la presentación de la «**Solicitud Conjunta**» **de ayudas de la Política Agrícola Común** para el año 2018.
- ORDEN DRS/575/2018, de 12 de abril, por la que se amplía el plazo de **reintegro de las obras de interés común**, ejecutadas en la zona regable de Monegros II, Sectores I y II, respecto a las explotaciones correspondientes a propietarios que, por su mayor superficie, no tienen la consideración de modestos propietarios.
- ORDEN DRS/574/2018, de 27 de marzo, por la que se convocan subvenciones destinadas a apoyar las **actividades de información y promoción de los productos agrícolas y alimenticios aragoneses** con calidad diferenciada, realizadas por grupos de productores en el mercado interior, para el año 2018.
- ORDEN DRS/580/2018, de 5 de abril, por la que se convocan subvenciones destinadas a la mejora de la producción y comercialización de los productos de la apicultura, para el año 2018.
- ORDEN DRS/600/2018, de 10 de abril, por la que se convocan subvenciones destinadas a la **bonificación de los intereses generados por los préstamos formalizados por los titulares de explotaciones agrícolas y ganaderas** de la Comunidad Autónoma de Aragón, para el año 2018.
- ORDEN DRS/658/2018, de 16 de abril, por la que se modifica la Orden de 15 de octubre de 2015, del Consejero de Desarrollo Rural y Sostenibilidad, por la que se establecen medidas para la tramitación de los procedimientos relativos a la **excepción del régimen de autorizaciones de plantaciones de vid**, la concesión de autorizaciones de replantación y la conversión de los derechos de plantación concedidos antes del 31 de diciembre de 2015.
- ORDEN DRS/712/2018, de 27 de abril, por la que se convocan subvenciones destinadas a apoyar la **nueva participación en regímenes de calidad**, para el año 2018.
- ORDEN DRS/743/2018, de 20 de marzo, por la que se aprueba el gasto de las **compensaciones a favor de los ayuntamientos en municipios incluidos en áreas de influencia socioeconómica de los espacios naturales** protegidos de Aragón.

- ORDEN DRS/803/2018, de 9 de mayo, que modifica la Orden DRS /2128/2017, de 13 de diciembre, por la que se convocan **subvenciones para las organizaciones y asociaciones ganaderas de animales de razas autóctonas** de fomento, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para el año 2018.
- ORDEN DRS/840/2018, de 7 de mayo, por la que se procede a la Declaración de la **Arboleda Singular** de Aragón denominada «Hayedo en El Moncayo».
- ORDEN DRS/925/2018, de 15 de mayo, por la que se aprueban las bases reguladoras de las **subvenciones para Transmisión de pequeñas explotaciones**, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020.
- ORDEN DRS/968/2018, de 28 de mayo, por la que se convocan subvenciones en materia de **transformación de productos de la pesca**, para el periodo 2014-2020, financiadas por el Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca (FEMP), para el año 2018.
- ORDEN DRS/1025/2018, de 12 de junio, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de **ayudas sobre los daños en producciones e infraestructuras de las explotaciones agrarias producidos en el territorio de Aragón por los desbordamientos en la cuenca del río Ebro** durante el mes de abril de 2018.
- ORDEN DRS/1056/2018, de 7 de junio, por la que se convocan **subvenciones destinadas al fomento de las Agrupaciones de Defensa Sanitaria Ganadera**, para el año 2018.
- ORDEN DRS/1070/2018, de 18 de junio, por la que se aprueba el **Plan General de Caza** para la temporada 2018-2019
- ORDEN DRS/1081/2018, de 12 de junio, por la que se convocan **subvenciones en materia de ordenación de la oferta de productos agroalimentarios y en materia de asistencia técnica a las agrupaciones o asociaciones de productores** prestada por entidades asociativas sin ánimo de lucro, para el año 2018.
- ORDEN DRS/1105/2018, de 11 de junio, por la que se aprueba la convocatoria **de subvenciones dirigida a entidades locales para impulsar actuaciones relativas a la mejora de la depuración de aguas residuales** en Aragón, que gestionará el Instituto Aragonés del Agua.
- ORDEN DRS/1126/2018, de 26 de junio, por la que se convocan ayudas sobre los daños en producciones e infraestructuras de las explotaciones agrarias producidos en el territorio de Aragón por los desbordamientos en la cuenca del río Ebro durante el mes de abril de 2018.

- ORDEN DRS/1131/2018, de 11 de junio, por la que se procede a la declaración de la arboleda singular de Aragón denominada «Pinsapar de Orcajo».
- ORDEN DRS/1136/2018, de 15 de junio, por la que se convocan las subvenciones a entidades asociativas sin ánimo de lucro para el desarrollo de actividades a favor del sector agrario, para el año 2018.
- ORDEN DRS/1202/2018, de 25 de junio, por la que se aprueba la convocatoria de **subvenciones dirigida a entidades locales para impulsar actuaciones relativas a la mejora del abastecimiento de agua potable.**
- ORDEN DRS/1207/2018, de 6 de julio, por la que se convocan subvenciones para determinadas inversiones en materia de **creación de regadíos**, en el marco del Decreto 79/2017, de 23 de mayo, del Gobierno de Aragón, para la anualidad 2018.
- ORDEN DRS/1221/2018, de 3 de julio, por la que se convocan subvenciones a una parte del coste de **contratación de los seguros agrarios** para el ejercicio 2018.
- ORDEN DRS/1241/2018, de 28 de junio, por la que se aprueba el **Plan de obras y mejoras territoriales** de la zona de concentración parcelaria de Valpalmas (Zaragoza).
- ORDEN DRS/1240/2018, de 28 de junio, por la que se aprueba el Plan de obras y mejoras territoriales de la zona de concentración parcelaria de Gallocanta (Zaragoza).
- ORDEN DRS/1247/2018, de 5 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión, en régimen de mínimis, de subvenciones para la **adaptación de la ganadería extensiva a los retos ambientales y a los desafíos socioterritoriales.**
- ORDEN DRS/1271/2018, de 19 de julio, por la que se convocan subvenciones para las organizaciones o **asociaciones ganaderas de razas autóctonas** españolas en peligro de extinción, para el año 2018.
- ORDEN DRS/1270/2018, de 17 de julio, por la que se modifica la Orden DRS/600/2018, de 10 de abril, por la que se convocan subvenciones destinadas a la bonificación de los intereses generados por los préstamos formalizados por los titulares de explotaciones agrícolas y ganaderas de la Comunidad Autónoma de Aragón, para el año 2018.
- ORDEN DRS/1308/2018, de 18 de julio, por la que se dispone la publicación de la modificación de los Estatutos del Consorcio de la Reserva de la Biosfera Ordesa-Viñamala.
- ORDEN DRS/1307/2018, de 17 de julio, por la que se acuerda el inicio de la segunda fase de implantación del Servicio Público de eliminación de re-

siduos industriales no peligrosos no susceptibles de valorización en la Zona III de gestión de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- ORDEN DRS/1364/2018, de 27 de julio, por la que se da publicidad al Acuerdo del Gobierno de Aragón de fecha 24 de julio de 2018, por el que se aprueba el **Plan de Gestión Integral de Residuos de Aragón** (2018-2022).
- ORDEN DRS/1380/2018, de 9 de agosto, por la que se convocan subvenciones para la adaptación de la ganadería extensiva a los retos ambientales y a los desafíos socioterritoriales, para el año 2018.
- ORDEN DRS/1390/2018, de 31 de julio, por la que se convocan subvenciones para la transmisión de pequeñas explotaciones agrarias, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para el año 2018.
- ORDEN DRS/1456/2018, de 3 de septiembre, por la que se modifica la Orden de 6 de mayo de 2009, del Consejero de Agricultura y Alimentación, por la que se aprueba la normativa específica de la denominación de origen «Somontano».
- ORDEN DRS/1471/2018, de 7 de septiembre, por la que se modifica la Orden de 29 de junio de 2004, del Departamento de Agricultura y Alimentación, por la que se aprueba el Plan Coordinado de Obras del modificado de la 1.ª parte, 2.ª fase (sectores VIII-A y IX-A) y de la 2.ª parte, 1.ª fase (sectores XI-A y XIII-A) y el Plan Coordinado de Obras de la 3.ª parte, 1.ª fase (sectores VI-A, VII-A, XVII-A, XVIII-A, XIX-A, XX-XXII-A y XXI-A), ambos de la Zona Regable de Monegros II (Zaragoza y Huesca).
- ORDEN DRS/1545/2018, de 14 de septiembre, por la que se aprueba la convocatoria para complementar para el año 2018, con cargo al **Fondo de Inversiones de Teruel**, las subvenciones concedidas en materia de modernización de las explotaciones agrarias al amparo de las Órdenes DRS/152/2016, de 15 de febrero y DRS/1866/2016, de 20 de diciembre, por las que se convocan subvenciones en materia de modernización de explotaciones agrarias y de instalación de jóvenes agricultores, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para los años 2016 y 2017.
- ORDEN DRS/1561/2018, de 11 de septiembre, por la que se modifica la Orden de 17 de marzo de 2009, del Consejero de Agricultura y Alimentación, por la que se aprueba la normativa específica de la **denominación de origen protegida «Aceite del Bajo Aragón».**
- ORDEN DRS/1579/2018, de 24 de septiembre, por la que se convocan subvenciones públicas en el área de influencia socioeconómica del Parque Nacional de Ordesa y Monte Perdido, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1229/2005, de 13 de octubre, para el año 2018.

- ORDEN DRS/1683/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Orden DRS/463/2016, de 13 de mayo, por la que se aprueban las bases reguladoras de la ayuda para la preparación y realización de proyectos de cooperación entre grupos de acción local en el periodo 2014-2020.
- ORDEN DRS/1682/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Orden DRS/1482/2016, de 18 de octubre, por la que se aprueban las bases reguladoras de las **ayudas LEADER** para la realización de operaciones conforme a las estrategias de desarrollo local LEADER en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020.
- ORDEN DRS/1681/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Orden DRS/128/2016, de 16 de febrero, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones LEADER para gastos de explotación y animación de los grupos de acción local en el periodo 2014-2020.
- ORDEN DRS/1704/2018, de 10 de octubre, por la que se convocan subvenciones dirigidas a entidades locales para el **fomento de la economía circular** en el marco de la gestión de los residuos para el año 2018.
- ORDEN DRS/1768/2018, de 24 de octubre, por la que se aprueba la convocatoria de las subvenciones LEADER para gastos de explotación y animación de los grupos de acción local para el ejercicio 2019.
- ORDEN DRS/1767/2018, de 24 de octubre, por la que se aprueba la convocatoria de las ayudas LEADER para la realización de operaciones conforme a las estrategias de desarrollo local LEADER, para el ejercicio 2019.
- ORDEN DRS/1766/2018, de 24 de octubre, por la que se aprueba la convocatoria de la ayuda para la preparación y realización de proyectos de cooperación entre grupos de acción local, para el ejercicio 2019.
- ORDEN DRS/1791/2018, de 30 de octubre, por la que se modifica la Orden DRS/1136/2018, de 15 de junio, por la que se convocan las subvenciones a entidades asociativas sin ánimo de lucro para el desarrollo de actividades a favor del sector agrario, para el año 2018.
- ORDEN DRS/1803/2018, de 31 de octubre, por la que se determina el procedimiento y se abre el plazo para la solicitud de servicios de asesoramiento agrario para los titulares de explotaciones agrarias y forestales y de PYMES de las zonas rurales, en el marco del Programa de Desarrollo Rural de Aragón 2014-2020, para 2019.
- ORDEN DRS/1838/2018, de 31 de octubre, por la que se convocan subvenciones y se complementan las ya otorgadas en la línea de ayuda para inversiones en transformación, comercialización y desarrollo de productos agrícolas (industrias agroalimentarias), en la provincia de Teruel, para el año 2018.

- ORDEN DRS/1837/2018, de 31 de octubre, por la que se convoca subvenciones en materia de ayudas para la **mejora de la comercialización de los productos agroalimentarios en la provincia de Teruel**, para el año 2018.
- ORDEN DRS/1925/2018, de 14 de noviembre, por la que se modifica la Orden DRS/202/2016, de 2 de marzo, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones de apoyo a acciones de cooperación de agentes del sector agrario, en el marco del **Programa de Desarrollo Rural para Aragón** 2014-2020.
- ORDEN DRS/1983/2018, de 12 de noviembre, por la que se convocan subvenciones en materia de ayudas para inversiones en transformación, comercialización y desarrollo de productos agrícolas (industrias agroalimentarias), en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para el año 2019.
- ORDEN DRS/2054/2018, de 5 de diciembre, por la que se convocan subvenciones en materia de **modernización de las explotaciones agrarias y de instalación de jóvenes agricultores**, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para el año 2019.
- ORDEN DRS/2053/2018, de 4 de diciembre, por la que se convocan subvenciones en materia de cooperación para la creación de grupos y redes en el ámbito de la sanidad vegetal y el control integrado de plagas, para el año 2019.
- ORDEN DRS/2052/2018, de 3 de diciembre, por la que se convocan subvenciones para las organizaciones y asociaciones ganaderas de animales de razas autóctonas de fomento, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para el año 2019.
- ORDEN DRS/2051/2018, de 3 de diciembre, por la que se convocan subvenciones para la realización de actividades de información y transferencia agroalimentaria, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para el año 2019.

II. **NOVEDADES JURISPRUDENCIALES**

Más que novedades jurisprudenciales debería hablarse de **actividad jurisprudencial**, dado que las sentencias dictadas a lo largo del año 2018 hacen referencia a la revisión jurisprudencial de actos administrativos muy habituales en la tarea y decisiones administrativas de las distintas administraciones públicas.

Entre otras revisiones judiciales se lleva a cabo la de aprobación definitiva del proyecto de ejecución de obras de ensanche y mejora de carreteras. Contenciosos contra liquidaciones tributarias por el concepto de canon de ocupación, utilización y aprovechamiento de bienes de dominio público hidráulico, o por concesiones de aprovechamiento de aguas subterráneas. Contra autorizaciones de vertidos de aguas residuales o renovación de autorizaciones para actividades medio ambientales, contra sanciones o la fijación de la base imponible y tarifa aplicable por canon de saneamiento, en la actualidad impuesto sobre contaminación de las aguas. Penalidades en contratos concesionales para prestación de servicios públicos relacionados con el medio ambiente. Contra planes generales de ordenación urbana. Por abono de subvenciones concedidas. Por la fijación de justiprecios de fincas para ejecución de obras de regadío. Por aprobaciones de deslindes para preservar y mejorar espacios naturales. Contra aprobaciones de caudales mínimos. Contra ordenanzas municipales de vertido de purines, estiércoles y otros desechos de origen ganadero, así como contra reclamaciones patrimoniales.

- **STSJ AR 1388/2018–ECLI:ES:TSJAR:2018:1388.**

  Núm. de Resolución: 572/2018. Tipo Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso Municipio: Zaragoza. Ponente: JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR. Núm. Recurso: 22/2017. Fecha: 19/12/2018. Tipo Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1192/2018–ECLI:ES:TSJAR:2018:1192.**

  Núm. de Resolución: 444/2018. Tipo Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Municipio: Zaragoza. Ponente: FERNANDO GARCIA MATA. Núm. de Recurso: 315/2017. Fecha: 14/12/2018. Tipo Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1191/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:1191.**

  Id Cendoj: 50297330022018100296. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 14/12/2018. Núm. de Recurso: 321/2017. Núm. de Resolución: 443/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: FERNANDO GARCIA MATA. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1182/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:1182.**

  Id Cendoj: 50297330022018100288. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 05/12/2018. Núm. de Recurso: 204/2016. Núm. de Resolución: 416/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: FERNANDO GARCIA MATA. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1181/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:1181.**

  Id Cendoj: 50297330022018100287. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 05/12/2018. Núm. de Recurso: 203/2016. Núm. de Resolución: 415/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: FERNANDO GARCIA MATA. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1222/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:1222.**

  Id Cendoj: 50297330032018100108. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 3. Fecha: 05/11/2018. Núm. de Recurso: 185/2017. Núm. de Resolución: 360/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: IGNACIO MARTINEZ LASIERRA. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1135/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:1135.**

  Id Cendoj: 50297330022018100255. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 22/10/2018. Núm. de Recurso: 138/2015. Núm. de Resolución: 327/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: EMILIO MOLINS GARCIA-ATANCE. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1116/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:1116.**

  Id Cendoj: 50297330022018100250. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 16/10/2018. Núm. de Recurso: 248/2016. Núm. de Resolución: 321/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: MARIA DEL CARMEN MUÑOZ JUNCOSA. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1127/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:1127.**

  Id Cendoj: 50297330012018100405. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 1. Fecha: 05/09/2018. Núm. de Recurso: 67/2015. Núm. de Resolución: 428/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: MARIA DEL CARMEN MUÑOZ JUNCOSA. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1304/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:1304.**

  Id Cendoj: 50297330012018100426. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 1. Fecha: 20/07/2018. Núm. de Recurso: 40/2013. Núm. de Resolución: 455/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: MARIA ISABEL ZARZUELA BALLESTER. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 1004/2018 - ECLI: ES:TSJAR:2018:1004.**

  Id Cendoj: 50297330012018100325. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 1. Fecha: 13/06/2018. Núm. de Recurso: 197/2014. Núm. de Resolución: 327/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 847/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:847.**

  Id Cendoj: 50297330032018100059. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 3. Fecha: 01/06/2018. Núm. de Recurso: 145/2017. Núm. de Resolución: 196/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: JAVIER SEOANE PRADO. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 800/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:800.**

  Id Cendoj: 50297330032018100055. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 3. Fecha: 23/05/2018. Núm. de Recurso: 62/2017. Núm. de Resolución: 177/2018. Procedimiento: Recurso de apelación. Ponente: LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 796/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:796.**

  Id Cendoj: 50297330022018100137. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 23/05/2018. Núm. de Recurso: 269/2016. Núm. de Resolución: 175/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: EMILIO MOLINS GARCIA-ATANCE. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 778/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:778**.

  Id Cendoj: 50297330022018100127. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 08/05/2018. Núm. de Recurso: 319/2016. Núm. de Resolución: 155/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: FERNANDO GARCIA MATA. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 682/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:682.**

  Id Cendoj: 50297330022018100121. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 24/04/2018. Núm. de Recurso: 221/2015. Núm. de Resolución: 142/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: FERNANDO GARCIA MATA. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 681/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:681.**

  Id Cendoj: 50297330022018100120. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 19/04/2018. Núm. de Recurso: 391/2014. Núm. de Resolución: 134/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: EMILIO MOLINS GARCIA-ATANCE. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 680/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:680.**

  Id Cendoj: 50297330022018100119. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 2. Fecha: 18/04/2018. Núm. de Recurso: 191/2013. Núm. de Resolución: 130/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: EUGENIO ANGEL ESTERAS IGUACEL. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 338/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:338.**

  Id Cendoj: 50297330012018100131. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 1. Fecha: 21/03/2018. Núm. de Recurso: 242/2015. Núm. de Resolución: 152/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: JESUS MARIA ARIAS JUANA. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 420/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:420.**

  Id Cendoj: 50297330032018100030. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 3. Fecha: 19/03/2018. Núm. de Recurso: 7/2017. Núm. de Resolución: 92/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 282/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:282.**

  Id Cendoj: 50297330032018100016. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 3. Fecha: 08/03/2018. Núm. de Recurso: 307/2016. Núm. de Resolución: 117/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 260/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:260.**

  Id Cendoj: 50297330012018100090. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 1. Fecha: 02/03/2018. Núm. de Recurso: 104/2016. Núm. de Resolución: 99/2018. Procedimiento: Recurso de apelación. Ponente: JUAN JOSE CARBONERO REDONDO. Tipo de Resolución: Sentencia.

- **STSJ AR 168/2018–ECLI: ES:TSJAR:2018:168.**

  Id Cendoj: 50297330032018100009. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Sede: Zaragoza. Sección: 3. Fecha: 30/01/2018. Núm. de Recurso: 136/2016. Núm. de Resolución: 22/2018. Procedimiento: Procedimiento ordinario. Ponente: CARMEN SAMANES ARA. Tipo de Resolución: Sentencia.

III. **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. **Libros**

ABRIL AZNAR, Jorge: «Asociación para el Desarrollo del Maestrazgo», *Naturaleza Aragonesa,* 35 (2018).

GARCÍA RUIZ, José María / LASANTA, Teodoro: «El Pirineo Aragonés como paisaje cultural», *Pirineos*, 173 (2018).

GIL GALLÚS, Juan Antonio / PÉREZ, Carlos: «Distribución, hábitat y población reproductora del gorrión alpino (Montifringilla Nivalis) en el Pirineo Central (Aragón-España)», *Pirineos*, 173 (2018), pp. 98-123.

MARÍN GAVÍN, Sixto (dir.): *Pueblos recuperados en el Alto Aragón*, Huesca, Diputación Provincial de Huesca, 2018.

MONEVA Abadía, José Mariano / PORTILLO TARRAGONA, Pilar / LLENA MACARULLA, Fernando / SCARPELLINI, Sabina: «Perspectivas e impacto de la Economía Circular en Aragón desde la óptica empresarial», *Economía Aragonesa*, 66 (2018).

NAVARRO, Enrique: La toxicología ambiental en el IPE. La ecología y la toxicología aplicadas en la conciliación del desarrollo socioeconómico y la conservación de los ecosistemas. Del Pirineo al estudio de las montañas del mundo: 75 Aniversario del Instituto Pirenaico de Ecología (CSIC), 2018.

PUENTE CABEZA, Javier: «La biodiversidad del piso subalpino de los Pirineos», *Naturaleza Aragonesa*, 35 (2018).

SÁNCHEZ ACEREDA, Paula / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Yolanda: «Combinación de instrumentos económicos para el control de la contaminación difusa en el sector porcino de Aragón», *Revista de Estudios Regionales*, 111 (2018), pp. 77-97.

SANTAMARÍA MURIEL, Vicente (coord.): *20ª JORNADAS de la Energía y Medio Ambiente,* Conferencias y debates desarrollados en las XX Jornadas de la Energía y Medio Ambiente organizadas por el Ilustre Colegio Oficial de Graduados en la Ingeniería de la rama industrial, Ingenieros Técnicos Industriales y Peritos Industriales de Aragón, celebradas en Zaragoza los días 23, 24, 25 y 26 de octubre de 2017, Zaragoza, Ilustre Colegio Oficial de Graduados en la Ingeniería de la rama industrial, Ingenieros Técnicos Industriales y Peritos Industriales de Aragón, 2018, 147 pp.

VIÑUALES, Eduardo / ANÍA, Esteban: *Ordesa y Monte Perdido. Un Parque Nacional con historia. 100 aniversario*, Zaragoza / Huesca, Gobierno de Aragón / Prames / Diputación Provincial de Huesca, 2018, 273 pp.

2. Publicaciones periódicas

Coyuntura agraria. Información sobre la situación coyuntural del sector agrario aragonés: climatología, evolución de los cultivos y la ganadería, precios agrarios, actividad económica etc. Mensual, 2018.

Boletín Electrónico Agroambiental. Publicación mensual que recoge informaciones sobre las actuaciones del Departamento. 2018-2019.

Boletín de Incendios Forestales y Meteorología. Actualidad sobre los incendios forestales en Aragón. 2018. Boletín de Avisos Fitosanitarios Forestales. Información sobre plagas forestales Mensual, 2018-2019.

Boletín Electrónico de la EÁREA (Red EAREA). Boletín con noticias, comentarios y sugerencias en torno a la Estrategia Aragonesa de Educación Ambiental (EÁREA) y la Educación Ambiental en Aragón. Periodicidad irregular, 2018-2019.

Boletín de Coyuntura Mujer Rural. Boletín que muestra los principales datos de la mujer en el sector primario. Trimestral.

Orientaciones varietales para las siembras de cereales en Aragón. Transferencia de resultados. Cosecha 2018. Informaciones Técnicas, 270 (2018).

3. Jornadas y congresos

Jornada. Mejora tu explotación agrícola con la ayuda de la Prevención de Riesgos Laborales. Ibercide, Centro Ibercaja de Desarrollo Empresarial, 24 de enero de 2019.

XII Congreso Internacional Terroir. Programa. Zaragoza, 18 al 22 de junio de 2018..

XIV Jornadas de Investigación en la Red de Parques Nacionales 2018. Presentación de resultados. Torla, 22 al 25 de octubre de 2018.

Jornada divulgativa Reserva Natural Dirigida Saladas de Chiprana, 11 de diciembre de 2018.

Perfil Ambiental en España 2017. Ministerio para la Transición Ecológica, 2018.

Derecho de la Unión Europea

Sergio Salinas Alcega
Víctor Fernández-Rodríguez Fairén

El Informe relativo al Derecho de la Unión Europea correspondiente a 2018 se circunscribe al análisis de diversas sentencias del Tribunal de Justicia de interés para los entes locales. En concreto se incluyen hasta cinco pronunciamientos del Tribunal respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas por diversos órganos jurisdiccionales nacionales respecto de la interpretación de disposiciones del Derecho de la Unión en relación con las siguientes cuestiones: exención del IVA, utilización abusiva de contratos de duración determinada, adjudicación de contratos públicos, prestaciones municipales de asistencia personal y mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas. Además se hará referencia al final a otras cuatro sentencias del Tribunal de Justicia relativas a una cuestión ya abordada en Informes de años anteriores, como es la ayuda puesta en marcha por el Gobierno español en 2009 en el marco del Plan Nacional de Transición a la televisión digital terrestre.

I. EXENCIÓN DEL IVA A UNA SOCIEDAD QUE DESARROLLA COMETIDOS PÚBLICOS MUNICIPALES

La sentencia de 22 de febrero de 2018 (as. C-182/17) responde a la solicitud decisión prejudicial del Tribunal Supremo de Hungría relativa a la interpretación del art. 13.1 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA. La sentencia aborda la posibilidad de aplicar la exención del impuesto recogida en dicho artículo a una sociedad sin

ánimo de lucro, enteramente de propiedad municipal y que, mediante contrato con el municipio, realiza cometidos públicos (entre ellos gestión de inmuebles, mantenimiento de parques...) a cambio de contraprestación y sirviéndose para ello de los bienes que el municipio pone a su disposición.

El Tribunal de Justicia comienza calificando la actividad realizada por la sociedad como una prestación de servicios a título oneroso y sujeta al IVA, de conformidad con el art. 2.1.c) de la Directiva. Esa conclusión se apoya en la existencia de una relación directa entre la prestación del servicio por la sociedad y la contrapartida entregada por el municipio. El Tribunal advierte que el carácter directo de esa relación no resulta afectado por factores como la fijación de la contraprestación a tanto alzado y sobre base anual, la inclusión de cláusulas de ajuste de la misma en circunstancias determinadas o la fijación de una contraprestación inferior a la normal del mercado, siempre que esta se hubiese fijado por adelantado y con criterios claramente establecidos que garanticen que cubre los gastos de funcionamiento de la sociedad. Tampoco afecta al carácter directo del vínculo entre sociedad y municipio, ni a la consideración de la actividad de aquella como prestación de servicios a título oneroso, el que esta se refiera a cometidos que la ley asigna al municipio.

A continuación la sentencia afirma la no aplicabilidad de la exención recogida en el art. 13.1 de la Directiva a una actividad, como la realizada por la sociedad, considerada como *actividad económica* en el sentido del art. 9.1 de dicha Directiva. En ese sentido el Tribunal afirma que no se cumple ninguno de los dos requisitos que, con carácter acumulativo, deben cumplirse para que pueda aplicarse la citada exención. Esos requisitos son el ejercicio de actividades por un organismo público y su actuación como autoridad pública.

Respecto del primero el Tribunal recuerda que el que el organismo disponga de prerrogativas de poder público es un indicio importante para su calificación como *organismo de Derecho público*. En este asunto, a falta de comprobación por el Juez nacional, parece que la sociedad no dispone de ninguna de las prerrogativas de poder público del municipio, lo que se refuerza por otros datos que cuestionan que esa sociedad esté suficientemente integrada en la organización administrativa del municipio. A eso conduce su configuración como persona jurídica de Derecho privado con autonomía respecto de dicho municipio en su ámbito de funcionamiento y su gestión cotidiana. Además no parece existir vínculo orgánico con el municipio, dado que no ha sido constituida mediante acto decisorio de este que defina los servicios que debe prestarle. En relación con esta cuestión se afirma en la sentencia que el hecho de que el 100 % de su capital pertenezca al municipio limita la autonomía de la sociedad pero existen elementos que indican que el municipio no puede ejercer una influencia determinante

en sus actividades. De hecho no es el único cliente de la sociedad y las prestaciones a terceros no tienen una importancia marginal y están sujetas a gravamen y han sido efectivamente gravadas. Por otra parte la inclusión en el contrato de cláusulas que permiten al municipio controlar su ejecución sugiere que este no puede ejercer *per se* un control efectivo, a lo que se añade la ausencia en dicho contrato de cláusulas de fijación de directrices por el municipio en relación con el cumplimiento de esos cometidos. Por todo ello no puede calificarse a la sociedad como *organismo de Derecho público* en el sentido del art. 13.1 de la Directiva.

En cuanto al segundo requisito se rechaza que la sociedad haya actuado en cuanto autoridad pública dado que no cabe sostener que ejerza una actividad en el marco de un régimen de Derecho público. A ello conduce que la sociedad se regule por disposiciones de Derecho privado sin disponer de prerrogativas de poder público para cumplir esos cometidos.

II. **PROTECCIÓN CONTRA LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONTRATOS O RELACIONES LABORALES DE DURACIÓN DETERMINADA**

A solicitud del tribunal de Trapani (Italia) el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 7 de marzo de 2018 (as. C-494/16), interpreta la cláusula 5ª del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999, incluido en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, concluyendo que no se opone a una normativa nacional como la italiana. El Derecho de este Estado no sanciona el abuso por empleadores del sector público de sucesivos contratos de duración determinada mediante una indemnización al trabajador que compense la no transformación de la relación laboral en otra por tiempo indefinido; pero sí prevé una indemnización de entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador junto con la posibilidad de que este obtenga reparación íntegra del daño.

Para alcanzar esa conclusión el Tribunal de Justicia recuerda que la citada cláusula busca limitar la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. En ese contexto se recuerda que ese abuso debe ser castigado con alguna medida que proteja de manera efectiva y equivalente a los trabajadores, eliminando las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Pero en ningún caso se impone en dicha cláusula una obligación general de transformar los contratos de duración determinada en tiempo indefinido, ni determina las condiciones específicas en que pueden utilizarse los primeros.

Por otra parte afirma la sentencia que la cláusula no se opone a que el Derecho interno de un Estado miembro regule de forma diferente el citado abuso

según se trate de un empleador privado o del sector público. Ello no obsta que, en caso de que el Derecho nacional solo prohíba la conversión de contratos temporales en indefinidos en el sector público, solo será conforme con el Acuerdo Marco si contiene alguna medida eficaz para evitar y, en su caso, sancionar el abuso de sucesivos contratos de duración determinada.

A ese respecto debe comprobarse que el Derecho nacional no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio por el trabajador de los derechos que le confiere el Derecho de la Unión, para lo que debe comprobarse que se respetan los principios de equivalencia y efectividad. En cuanto al primero señala el Tribunal que carece de elementos que le conduzcan a dudar de la compatibilidad de las medidas adoptadas por el legislador italiano con ese principio. Respecto del segundo advierte la sentencia que corresponde al Juez nacional comprobar si los trabajadores del sector público tienen derecho a una medida no menos favorable que aquella a la que tienen derecho los trabajadores del sector privado, consistente en una indemnización que compense la falta de transformación de la relación laboral de duración determinada en otra por tiempo indefinido.

Por otra parte advierte el Tribunal que, dado que los Estados no están obligados a prever la transformación de los contratos de duración determinada en indefinidos, no puede imponérseles, en caso de no prever esa transformación, una indemnización destinada a compensar la inexistencia de tal transformación. A ello se añade que, como señala el tribunal remitente, esa reparación es meramente teórica ya que no es posible determinar de qué modo el trabajador puede alegar un derecho a reparación del daño sufrido, si la Administración hubiera organizado un procedimiento selectivo o si hubiera recibido ofertas de empleo por tiempo indefinido. En este punto la sentencia advierte de los criterios especialmente favorables que aplican los tribunales nacionales tanto para el establecimiento del daño por la pérdida de oportunidades de empleo como para su evaluación, exigiendo como única prueba, mediante presunción, la mera posibilidad de obtener una ventaja y no la pérdida de la misma y llevando a cabo la evaluación del perjuicio sufrido, aun a falta de elementos de prueba concretos presentados por el trabajador. En opinión del Tribunal de Justicia, dadas las dificultades de demostración de la pérdida de oportunidades, un mecanismo de presunción que garantice al trabajador, que debido al abuso de contratos de duración determinada ha sufrido dicha pérdida de oportunidades, la posibilidad de eliminar las consecuencias de tal infracción del Derecho de la Unión puede satisfacer el requisito de la efectividad.

Además, que la medida del legislador nacional para sancionar el abuso de contratos de duración determinada por empleadores privados constituya la

protección más amplia que se puede reconocer a un trabajador no puede por sí mismo tener como consecuencia atenuar el carácter efectivo de las medidas nacionales aplicables a los trabajadores del sector público. En ese sentido la normativa nacional incluye otras medidas de prevención y sanción del abuso de contratos de duración determinada, como la obligación de que las Administraciones recuperen de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido, debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o la contratación, cuando esa infracción es intencional o resultado de una falta grave. Esa infracción debe además tenerse en cuenta en la evaluación del desempeño de esos directivos, que no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. Por otra parte, el ordenamiento italiano prevé que las Administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos durante los tres años posteriores a la infracción.

III. **PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATO PÚBLICO AL QUE CONCURREN VARIOS LICITADORES PARTICIPADOS DE MANERA CASI ÍNTEGRA POR UNA MISMA SOCIEDAD Y CUYOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN COINCIDEN**

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 17 de mayo de 2018 (as. C-531/16), interpreta, a solicitud del Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania, ciertas disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratación pública para concluir acerca de la conformidad con las mismas de un proceso de adjudicación de un contrato de servicio de recogida y transporte de basuras a un licitador vinculado a otro. Ninguno de los dos licitadores, participados en un 100 % y un 98,12 % respectivamente por una misma sociedad y cuyos Consejos de Administración coinciden, declaró al poder adjudicador ese vínculo, a lo que no venían obligados por el ordenamiento interno, si bien el que obtuvo la adjudicación presentó una declaración jurada indicando su participación autónoma e independiente de los otros operadores y pedía al poder adjudicador que los tratara a todos como competidores.

La sentencia comienza por considerar que la interpretación de los arts. 45 y 56 TFUE, solicitada por el Juez nacional, no resulta necesaria para el caso. A continuación afirma que el art. 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando no existen dispo-

siciones normativas o menciones en la licitación o en el pliego de condiciones, los licitadores vinculados entre sí que presenten ofertas separadas a un mismo procedimiento no están obligados a comunicar, por propia iniciativa, sus vínculos al poder adjudicador.

El Tribunal recuerda a este respecto que la Directiva no contiene una prohibición general de presentación de ofertas en procedimientos de adjudicación de contratos públicos por empresas vinculadas. Añade además que de su propia jurisprudencia resulta que, dado el interés de la Unión de garantizar la participación más amplia posible de licitadores, la exclusión sistemática de la participación de empresas vinculadas en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho de la Unión. Por otra parte los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de autonomía en su política comercial y sus actividades económicas, en especial en su participación en licitaciones públicas. Asimismo las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo, de naturaleza contractual que garanticen la independencia y la confidencialidad en la elaboración de ofertas que presenten simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación.

A ello se suma que, ante la inexistencia de normativa expresa o requisito específico en la licitación, los principios de transparencia e igualdad de trato exigen que los requisitos de fondo y forma relativos a la participación en la licitación estén claramente definidos por anticipado y sean hechos públicos, especialmente las obligaciones que recaen sobre los licitadores, para que estos conozcan exactamente los imperativos del procedimiento y tengan la seguridad de que se aplican los mismos requisitos a todos los participantes. Imponer a los licitadores que comuniquen por propia iniciativa sus vínculos con otros licitadores, cuando no figura ni en el Derecho nacional aplicable ni en la licitación o en el pliego de condiciones, no constituiría un requisito claramente definido en el sentido anteriormente mencionado. Sería difícil para los licitadores determinar el alcance exacto de tal obligación, máxime cuando, por la propia naturaleza del procedimiento de licitación, no siempre sería posible conocer la identidad de todos los licitadores que participan en el mismo antes de la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas. Por otra parte, si no existe obligación de que los licitadores informen al poder adjudicador de sus vínculos con otros licitadores ese poder debe tratar, durante todo el procedimiento, la oferta del licitador de que se trate como una oferta regular con arreglo a la Directiva 2004/18, cuando no existen indicios de que las ofertas presentadas por otros licitadores estén coordinadas o concertadas entre sí.

Más tarde la sentencia se pronuncia acerca de la interpretación que debe darse al art. 101 TFUE, al art. 2 de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y a los arts. 1.1.3 y 2.1.b) de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. Concretamente se trata de dilucidar si de esas disposiciones resulta que cuando el poder adjudicador disponga de elementos que pongan en duda el carácter autónomo de las ofertas presentadas por ciertos licitadores, está obligado a verificar, en su caso solicitando información suplementaria a esos licitadores, si sus ofertas son efectivamente autónomas y si, a falta de dicha verificación, la inactividad del poder adjudicador puede viciar el procedimiento de adjudicación.

El Tribunal comienza afirmando la no aplicabilidad del art. 101 TFUE cuando los acuerdos o prácticas que proscribe son ejecutados por empresas que constituyen una actividad económica, cuestión que corresponde comprobar al Juez nacional en el caso de los dos licitadores participados por la misma empresa. En el caso de que no fuese así, por no ejercer la sociedad matriz una influencia determinante en sus filiales, el principio de igualdad de trato del art. 2 de la Directiva 2004/18 se vulneraría si se admitiese que los licitadores pudiesen presentar ofertas coordinadas o concertadas, susceptibles de otorgarles ventajas injustificadas respecto a los otros licitadores, sin que sea necesario examinar si la presentación de tales ofertas constituye también un comportamiento contrario al art. 101 TFUE.

En cuanto al art. 2 de la Directiva 2004/18, en opinión del Tribunal atribuye a los poderes adjudicadores un papel activo en la aplicación de los principios de adjudicación de los contratos públicos. Por ello el poder adjudicador que tenga conocimiento de elementos objetivos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de una oferta está obligado a examinar todas las circunstancias pertinentes conducentes a la presentación de la oferta de que se trate para prevenir, detectar y poner remedio a los elementos que puedan viciar el procedimiento de adjudicación, recurriendo incluso a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba. En caso que se demuestre que esas ofertas no son autónomas e independientes el art. 2 de la Directiva 2004/18 se opone a la adjudicación del contrato a los licitadores que presentaron la oferta.

Respecto a las pruebas de que las ofertas de los licitadores vinculados entre sí no son autónomas e independientes el Tribunal de Justicia señala que los arts.

1.1.3 y 2.1.b) de la Directiva 89/665 se limitan a exigir que los Estados miembros establezcan vías de recurso rápidas y eficaces en materia de adjudicación de contratos públicos. Ni estas ni ninguna otra disposición de esa Directiva o de la anterior incluyen normas que rijan la administración y apreciación de las pruebas de una infracción de las normas de adjudicación de contratos públicos de la Unión. Ante esa inexistencia de normas de Derecho de la Unión corresponde al ordenamiento interno configurar la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables.

En todo caso la regulación de esos recursos no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad). Respecto del nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de ofertas que no son autónomas ni independientes, el principio de efectividad permite no solo aportar pruebas directas de una infracción de las normas de adjudicación de contratos públicos de la Unión sino también indicios, siempre que sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario. La constatación de que los vínculos entre los licitadores hayan influido en el contenido de las ofertas presentadas en un mismo procedimiento es, en principio, suficiente para que dichas ofertas no puedan ser tenidas en cuenta por el poder adjudicador, dado que estas deben presentarse con total autonomía e independencia cuando emanan de licitadores vinculados entre sí. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido incidencia concreta sobre la independencia de las ofertas no basta para que el poder adjudicador excluya automáticamente esas ofertas del procedimiento de adjudicación de contratos.

IV. SOLICITUD DE PRESTACIÓN MUNICIPAL DE ASISTENCIA PERSONAL A REALIZAR EN EL EXTRANJERO

La sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018 (as. C-679/16) da respuesta a la solicitud planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo de Finlandia respecto de la interpretación de los arts. 20 y 21 TFUE y del art. 3.1 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de segu-

ridad social, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. El objeto final de esa interpretación es si, de conformidad con esas disposiciones, se puede denegar la solicitud de asistencia personal a un residente en un Estado miembro gravemente discapacitado, debiendo desarrollarse dicha asistencia durante su estancia en otro Estado miembro para cursar estudios superiores.

El Tribunal comienza interpretando si puede considerarse comprendida en el concepto *prestación de enfermedad*, recogido en el art. 3.1.a) del Reglamento núm. 883/2004, una asistencia consistente en el abono de gastos generados por las actividades cotidianas de una persona gravemente discapacitada que no realiza actividad económica, para que pueda cursar estudios superiores. A ese respecto se apunta que el que un Estado miembro no haya notificado la declaración sobre su ley nacional reguladora de la materia, como señala el art. 9 del Reglamento núm. 883/2004, no implica la exclusión *ipso facto* de esa ley del ámbito de aplicación material del citado Reglamento. Además, la distinción entre prestaciones incluidas o no en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 883/2004 no se basa en su clasificación como prestación de seguridad social por la legislación nacional, sino en el fin y los requisitos establecidos para cada prestación. En ese sentido una prestación podrá considerarse de seguridad social cuando se conceda al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de los beneficiarios, en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que tenga relación con alguna de las contingencias expresamente enumeradas en el art. 3.1 del Reglamento núm. 883/2004. Teniendo ambos requisitos carácter acumulativo, por lo que se descarta la prestación de la asistencia en caso de incumplimiento de uno de ellos.

Así el derecho a la prestación descansa en primer lugar en la verificación del cumplimiento de unos criterios objetivos, sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales. A este respecto, aunque la Ley nacional menciona en varias ocasiones las necesidades individuales del interesado como criterio a tener en cuenta, el margen de discrecionalidad otorgado al municipio de residencia del beneficiario no concierne al nacimiento del derecho a la asistencia personal sino a los modos de concesión y a su cuantía. Es decir que el municipio está obligado a proporcionar la asistencia personal si el solicitante es una persona gravemente discapacitada que reside dentro de su término municipal, con independencia de sus ingresos. Por ello se considera que en este asunto se cumple el primer requisito.

En cuanto a la relación de la prestación concernida con las contingencias incluidas en el art. 3.1 del Reglamento núm. 884/2004 el Tribunal recuerda que las prestaciones que cubren el riesgo de dependencia, aun cuando presenten ca-

racterísticas propias, deben ser consideradas prestaciones de enfermedad en el sentido del citado artículo. Sin embargo, esa asimilación supone que esas prestaciones se destinan a mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas dependientes y ello se produce cuando se cubren los gastos relativos a los cuidados dispensados a la persona y a la mejora de las condiciones de su vida cotidiana, que le garanticen, en particular, el equipamiento necesario o la asistencia de terceros. Y añade el Tribunal el carácter complementario que, a lo sumo, tienen las prestaciones relacionadas con el riesgo de dependencia respecto de las prestaciones de enfermedad *clásicas* comprendidas, *stricto sensu*, en el citado art. 3.1.a) del Reglamento núm. 884/2004, y no se incluyen necesariamente en ellas.

Respecto del segundo requisito el Tribunal advierte que el objetivo de la Ley nacional es, conforme a su art. 8.c), ayudar a personas con grave discapacidad a adoptar sus propias decisiones en el desarrollo de las actividades de la vida cotidiana, el trabajo y el estudio, las actividades de ocio, la participación en la vida social y la preservación de la interacción social. A eso se añade que los trabajos preparatorios de la Ley confirman que las necesidades de asistencia referidas a atenciones, tratamientos o vigilancia quedaron expresamente excluidas de la asistencia personal. Por ello, dado que no puede considerarse que la asistencia personal establecida por esta Ley tenga por objeto mejorar el estado de salud del beneficiario en lo que respecta a su discapacidad, carece de relación con alguna de las contingencias enumeradas en el art. 3.1 del Reglamento núm. 883/2004, no cumpliéndose el segundo requisito, de forma que la prestación de asistencia personal concernida en este caso no está comprendida en el ámbito de aplicación del citado Reglamento.

A continuación se plantea el Tribunal de Justicia si en caso de que, como ocurre en este supuesto, la asistencia personal no estuviese incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 883/2004, la denegación de la misma con motivo de la estancia de la persona discapacitada en otro Estado para cursar estudios superiores se opondría a los arts. 20 y 21 TFUE. En este sentido se recuerda que el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a permitir que los ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtengan en el ámbito de aplicación material del Tratado el mismo trato jurídico, con independencia de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas. En ese ámbito de aplicación material del Tratado se incluye la libertad de circular y de residir en el territorio de los Estados miembros, reconocida en el art. 21 TFUE.

Por otra parte se recuerda que la competencia de los Estados, conforme al art. 165.1 TFUE, en relación con los contenidos de la enseñanza y la organi-

zación de los sistemas educativos, ha de ejercerse respetando el Derecho de la Unión, en particular la libertad de circulación y de residencia de todo ciudadano de la misma en el territorio de los Estados miembros, tal como se establece en el anteriormente mencionado art. 21.1 TFUE. Si bien el Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros obligación alguna de establecer un sistema de financiación de los estudios superiores para ser cursados en el propio Estado o en el extranjero, en caso de que un Estado miembro establezca un sistema de este tipo debe velar porque la concesión de financiación no restringa injustificadamente el derecho de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. En ese sentido una normativa nacional desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades del art. 21.1 TFUE. Esa conclusión cobra más relevancia si cabe en el ámbito educativo, en concreto por el objetivo establecido en los arts. 6.e) y 165.2.2 TFUE de favorecer la movilidad de estudiantes y de profesores.

En este asunto la asistencia personal fue denegada al solicitante por el único motivo de que iba a cursar sus estudios superiores en otro Estado miembro, lo que debe considerarse una restricción de la libertad de circulación y residencia recogida en el art. 21.2 TFUE. Esa restricción solo puede justificarse sobre la base de consideraciones objetivas de interés general y debe ser proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Sobre este particular el Tribunal reconoce que la comprobación del vínculo real entre el solicitante de una prestación por incapacidad y el Estado miembro competente así como la preservación del equilibrio financiero del sistema nacional de Seguridad Social constituyen, en principio, objetivos legítimos que pueden justificar restricciones a la libertad de circulación y residencia del art. 21 TFUE. Sin embargo, esos objetivos no justifican la imposición de unos requisitos de presencia del solicitante de la prestación. Aunque este resida en otro Estado miembro, la existencia de vínculo real y suficiente con el territorio del Estado que concede la prestación puede demostrarse mediante factores distintos a su presencia en el territorio de este Estado miembro anterior a su solicitud, como sus relaciones con el sistema de seguridad social de este último Estado miembro o el contexto familiar. Y esa misma apreciación vale respecto a la garantía del equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social, dado que ese vínculo real y suficiente del solicitante con el Estado concernido permite a este asegurarse de que la carga económica que supone el pago de la prestación no resulta excesiva. En opinión del Tribunal estas consideraciones son aplicables a este caso dado que el solicitante conservó su domicilio en el municipio de Espoo (Finlandia), donde presentó su solicitud y donde regresa todas las semanas, durante su período de estudios en Estonia.

De ello resulta que el municipio no puede alegar dificultades particulares para supervisar el cumplimiento de los requisitos y modalidades de organización y concesión de la asistencia; sin que de los autos remitidos resulte información alguna en relación con los obstáculos añadidos que, respecto del control de las condiciones de utilización de la asistencia, presenta este supuesto con respecto a la situación, admitida por la legislación nacional, de una asistencia personal idéntica fuera de Finlandia con ocasión de vacaciones o viaje de negocios. En esa línea se destaca que una asistencia personal como la de este caso puede seguir otorgándose en el caso de que el beneficiario curse estudios superiores en otro municipio finlandés, por muy alejado que se encuentre de su municipio de residencia. Para el Tribunal las posibilidades de control de la utilización de la asistencia en ese caso no son mejores que en este supuesto, en el que el solicitante cursa sus estudios en una región limítrofe, aunque fuera de Finlandia, y regresa a su municipio todos los fines de semana. A ello se añade que, de los autos remitidos, nada indica que en opinión del Gobierno finlandés la concesión de la asistencia personal en estas circunstancias pueda poner en peligro el equilibrio del sistema nacional de seguridad social.

Por todo ello se concluye que la denegación de la asistencia personal a un solicitante gravemente discapacitado, residente en un Estado miembro, por su estancia en otro Estado miembro para cursar estudios superiores se opone a los arts. 20 y 21 TFUE.

V. MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN CASO DE TRANSMISIONES DE EMPRESAS, DE CENTROS DE ACTIVIDAD O DE PARTES DE EMPRESAS O DE CENTROS DE ACTIVIDAD

La sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018 (as. C-472/16), interpreta, a solicitud del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, los arts. 1.1 y 4.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, así como el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La primera de esas disposiciones, el art. 1.1 de la Directiva 2001/23, es interpretada en la sentencia en el sentido de considerar comprendida en el ámbito de la Directiva una situación como la de este caso, en la que el adjudicatario de un contrato de servicios para una Administración, en este caso un municipio,

finaliza su actividad antes del plazo establecido, despidiendo a toda su plantilla y devolviendo los medios materiales recibidos al municipio, que adjudica el servicio a otra entidad.

El Tribunal recuerda que el objetivo de la Directiva 2001/23 es garantizar la continuidad de las relaciones laborales en una entidad económica con independencia de un cambio de propietario, tomándose como criterio para determinar la existencia de una transmisión a estos efectos el mantenimiento de su identidad por la entidad en cuestión, en particular que continúe con, o reanude, la explotación del servicio. Para ello se advierte que deben tomarse en consideración de manera global todas las circunstancias de la operación, cuya importancia varía en cada caso –tipo de empresa, transmisión o no de los elementos materiales, valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, transmisión o no de la clientela y si el nuevo empresario se hace cargo de la mayoría de los trabajadores; así como el grado de analogía de las actividades antes y después de la transmisión o la duración de la eventual suspensión de dichas actividades–.

El propio Tribunal ha venido a advertir que, en sectores en los que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la transmisión de la identidad de la entidad económica solo es posible si el supuesto cesionario se hace cargo de la mayor parte de la plantilla. Por su parte si la actividad se basa esencialmente en el equipamiento, que el nuevo empresario no asuma la plantilla del antecesor no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23. A este respecto se advierte que en este caso los medios materiales –instrumentos musicales, instalaciones...– son elementos imprescindibles para el desarrollo de la actividad, estando acreditado que los mismos fueron puestos por el Ayuntamiento a disposición tanto del anterior como del nuevo adjudicatario. Por ello, que el nuevo adjudicatario no haya contratado a los trabajadores del anterior no permite excluir que se haya producido una transmisión de empresa a efectos de la Directiva 2001/23. En este sentido el Tribunal recuerda su jurisprudencia constatando la irrelevancia, a estos efectos de la existencia de transmisión de empresa, del hecho de que esos medios materiales no fueran propiedad del anterior adjudicatario.

La existencia en este caso de una transmisión de empresa es corroborada en opinión del Tribunal por otros datos que le han sido aportados. En ese sentido se refiere a la asunción de los destinatarios del servicio y la reanudación por el nuevo adjudicatario de los servicios prestados por el anterior. En cuanto a la suspensión temporal de actividades el Tribunal recuerda su jurisprudencia en el sentido de que es un factor a tener en cuenta para la transmisión de empre-

sa, pero que por sí solo no excluye esta; en especial en un caso como el actual en que esa suspensión fue de cinco meses, incluyendo entre ellos tres meses de vacaciones.

Por lo que respecta al art. 4.1 de la Directiva 2001/23, el Tribunal debe concluir si en un supuesto como el de este asunto el despido de trabajadores puede entenderse efectuado por razones económicas, técnicas o de organización o ha sido realizado por causa de la transmisión de la empresa. En este sentido el Tribunal recuerda el objetivo de la Directiva de garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión. Por ello, tal como resulta del art. 3.1.1 de la Directiva, la protección que esta proporciona solo se extiende a trabajadores con contrato de trabajo o relación laboral en el momento de la transmisión, lo que debe ser apreciado con arreglo al Derecho nacional, siempre con el respeto de las disposiciones imperativas de la Directiva relativas a la protección de los trabajadores contra el despido a causa de la transmisión. A este respecto se advierte que, de conformidad con el art. 4.1 de la Directiva, la transmisión de la empresa no constituye en sí misma motivo de despido; por tanto, los trabajadores cuyo contrato de trabajo o relación laboral hayan sido extinguidos con efectos de una fecha anterior a la de la transmisión con infracción del citado art. 4.1, continúan siendo empleados de la empresa en la fecha de la transmisión, con la consecuencia, en especial, de que las obligaciones del empresario respecto a ellos se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario.

En cuanto a la determinación de si el despido del demandante en el litigio principal se debió exclusivamente a la transmisión de la empresa, el Tribunal recuerda que dicho despido fue en fecha bastante anterior a la transmisión de la actividad y se debió a la imposibilidad del primer adjudicatario de retribuir a sus trabajadores debido al incumplimiento del contrato por el Ayuntamiento. Por ello se considera que el despido puede atribuirse a razones económicas, técnicas o de organización, siempre que el despido de la totalidad de plantilla y el retraso en la designación de nuevo contratista no sean una medida deliberada para privar a los trabajadores afectados de los derechos que les reconoce la Directiva. Este es un extremo cuya comprobación es atribuida por el Tribunal de Justicia al tribunal remitente.

La tercera cuestión planteada al Tribunal de Justicia se refiere a la posibilidad de interpretar como opuesta a la Directiva 2001/23 y al derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una normativa nacional sobre los efectos de

la cosa juzgada como la de este supuesto, que prohíbe a los órganos jurisdiccionales nacionales pronunciarse sobre la impugnación, basada en la Directiva 2001/23, del despido individual de un trabajador efectuado con ocasión de un despido colectivo, debido a que ya se ha dictado una resolución judicial en el procedimiento sobre despido colectivo, en el cual solo están legitimados procesalmente los representantes de los trabajadores. A este respecto el Tribunal de Justicia recuerda la naturaleza de la cuestión prejudicial, como instrumento por el cual el propio Tribunal proporciona al Juez nacional los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisa para resolver los litigios que deba dirimir. En ese contexto se advierte que corresponde al juez nacional apreciar tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones que plantee al Tribunal de Justicia, que estará en principio obligado a pronunciarse.

No obstante, para que la interpretación del Derecho de la Unión que realice el Tribunal de Justicia sea útil para el Juez nacional, este debe definir el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscribe la cuestión prejudicial que plantea. A este respecto se considera que el auto de remisión no aporta información alguna sobre la aplicación del principio de eficacia de cosa juzgada, por lo que el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos necesarios para responder eficazmente a la tercera cuestión prejudicial, que por tanto debe declararse inadmisible.

VI. CONSIDERACIÓN DE LA AYUDA CONCEDIDA PARA EL DESPLIEGUE DE LA TELEVISIÓN DIGITAL COMO INCOMPATIBLE CON EL MERCADO INTERIOR

A continuación se recogen cinco sentencias del Tribunal de Justicia que, como ya se señaló, se inscriben en la línea de otras anteriores incluidas en Informes precedentes. Estos asuntos se enmarcan en el Plan Nacional de Transición a la TDT aprobado por el Consejo de Ministros de España en septiembre de 2009 y cuyo objetivo era que el servicio alcanzase una cobertura de la población española de más del 98 % en todo el Estado. Para ello se concedía financiación pública para apoyar el proceso en las regiones menos urbanizadas y remotas, lo que se conoce como zona II. Los fondos se transfirieron a las Comunidades Autónomas, que se comprometieron a cubrir los demás costes relacionados con esa operación con recursos propios. La ejecución de dicho Plan en cada una de las Comunidades Autónomas era objeto de denuncia por distintos operadores, lo que llevaba a la Comisión al adoptar diversas Decisiones en las que se calificaba esas ayudas como ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior. Esas Decisiones eran recurridas ante el Tribunal General, que confirmaba

los argumentos esgrimidos por la Comisión. A su vez esas sentencias eran objeto de recurso de casación, estadio al que se refieren las sentencias que aquí se mencionan.

La primera de esas sentencias, de 20 de diciembre de 2017 (as. C-70/16P), se plantea respecto a la sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2015 (as. ac. T-463/13 y T-464/13), resolviendo el recurso planteado por la Comunidad Autónoma de Galicia y *Redes de Telecomunicación Galegas Retegal, S.A.* respecto de la Decisión 2014/489/UE de la Comisión, de 19 de junio de 2013, relativa a la ayuda concedida por España para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas, con excepción de Castilla-La Mancha. El Tribunal General en su sentencia desestimaba todos los argumentos de los recurrentes concluyendo que, tal como señalaba la Decisión de la Comisión, se estaba ante una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior. Esos mismos demandantes plantean ahora recurso de casación ante el Tribunal de Justicia solicitando la anulación de la sentencia del Tribunal General así como la de la citada Decisión de la Comisión. En apoyo de su pretensión esgrimen cuatro motivos de los que uno, el referido a la consideración por la Comisión del carácter selectivo de la medida controvertida, es estimado por el Tribunal de Justicia. Esa estimación se apoyaba en un defecto de motivación en este punto tanto de la sentencia como de la Decisión de la Comisión. El Tribunal de Justicia considera que no se puede acoger el argumento de la Comisión de que no es necesaria motivación alguna al respecto puesto que el requisito del carácter selectivo se cumple de manera automática si una medida se aplica exclusivamente a un sector de actividad o a las empresas de una zona determinada. A este respecto el Tribunal ya ha señalado que una medida de esas características únicamente es selectiva si tiene como efecto jurídico beneficiar a determinadas empresas en comparación con otras del mismo u otros sectores que a la vista del objetivo perseguido por el régimen jurídico concernido se encuentran en situación de hecho o de Derecho comparable. Por todo ello se concluye que la inexistencia de motivación apuntada constituye un vicio sustancial de forma y obstaculiza el control jurisdiccional del juez.

Por todo ello el Tribunal procede anular la sentencia del Tribunal General, así como la Decisión 2014/489/UE de la Comisión cargando a esta Institución con las costas en que hayan incurrido las recurrentes tanto en este recurso de casación como en primera instancia.

La segunda sentencia del Tribunal de Justicia en relación con este asunto es de la misma fecha que la anterior, el 20 de diciembre de 2017 (as. C-81/16P), y resuelve el recurso de casación planteado por el Reino de España frente a la sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2015 (as. T-461/13), en la que

se rechazaba la anulación de la Decisión 2014/489/UE de la Comisión, de 19 de junio de 2013, a la que ya se refería la sentencia anterior incluida en este apartado. En esta ocasión España invoca en su recurso de casación dos motivos: la consideración como error de Derecho del Tribunal General su conclusión relativa a la definición y aplicación de un servicio de interés económico general por los Estados miembros y la consideración de que el Tribunal General incurrió en varios errores de Derecho en su examen del análisis llevado a cabo por la Comisión sobre la compatibilidad con el mercado interior de la medida controvertida conforme al art. 107.3.c) TFUE. Ambos motivos son desestimados por el Tribunal de Justicia que por tanto mantiene los efectos de la sentencia del Tribunal General y por extensión de la Decisión 2014/489/UE de la Comisión.

De la misma fecha que las dos sentencias anteriores, 20 de diciembre de 2017, es la tercera sentencia del Tribunal de Justicia referida a esta misma cuestión (as. ac. C-66/16P a C-69/16P). En esta ocasión el Tribunal de Justicia responde al recurso de casación planteado por las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña, junto a otros demandantes (*Itelazpi, SA, Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la información de la Generalitat de Catalunya, Navarra de Servicios y Tecnologías, SA, Cellnex Telecom, SA y Retevisión I, SA*) solicitando la anulación de las sentencias del Tribunal General de 26 de noviembre de 2015 (as. T-462/13, T-465/13, T-487/13 y T-541/13), en las que se rechazaba la pretensión de los demandantes de anular la Decisión 2014/489/UE de la Comisión, de 19 de junio de 2013, ya mencionada en las dos sentencias anteriores. En esta ocasión, y tras rechazar tanto la solicitud de inadmisibilidad planteada por *SES Astra*, presentada como coadyuvante en la primera instancia, como la de inoperancia del motivo único de casación planteada por la Comisión, el Tribunal desestima el único motivo alegado por los demandantes, consistente en que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al considerar incumplido el primer requisito de la sentencia *Altmark*, conforme al cual la empresa beneficiaria de la medida ha de estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público claramente definidas. Por ello rechaza la solicitud de anulación tanto de la sentencia del Tribunal General como de la Decisión de la Comisión.

La siguiente sentencia del Tribunal de Justicia incluida en este apartado es la de 26 de abril de 2018 (as. ac. C-91/17P y C-92/17P), que resuelve el recurso de casación planteado por dos operadores de telecomunicaciones (*Cellnex Telecom, SA y Telecom Castilla-La Mancha, SA*) respecto de la sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 (as. ac. T-37/15 y T-38/15), que resolvía el recurso presentado por ambos operadores respecto de la Decisión de la Comisión 2016/1385, de 1 de octubre de 2014, modificada por la Decisión C(2015) 7193, de 20 de octubre de 2015, que calificaba como ayuda de Estado la conce-

dida por las autoridades de esa Comunidad Autónoma. En esa ocasión el Tribunal General desestimaba todos los argumentos de los demandantes que a continuación acudían en casación ante el Tribunal General, fundando su recurso en dos motivos: la existencia de errores de Derecho en la interpretación de los arts. 14, 106.2 y 107.1 TFUE, del Protocolo núm. 26 TFUE sobre servicios de interés general y del Protocolo núm. 29 TFUE sobre sistema de radiodifusión pública en los Estados miembros y de error de Derecho en la interpretación del art. 107 TFUE en relación con los criterios jurídicos aplicables para identificar y cuantificar una ventaja. Ambos motivos son desestimados por el Tribunal de Justicia que rechaza la pretensión de los demandantes de anular la sentencia anterior del Tribunal General.

La última sentencia que mencionaremos en este apartado es la de 24 de septiembre de 2018 (as. C-114/17P), por la que el Tribunal de Justicia resuelve el recurso de casación presentado por el Reino de España contra la sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 (as. T-808/14), que desestimaba el recurso de anulación planteado por España contra la Decisión C(2014) 6846 final de la Comisión, de 1 de octubre de 2014, que declaraba como ayuda estatal incompatible con el mercado interior la ayuda concedida por las autoridades de Castilla-La Mancha para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas. El Tribunal de Justicia desestima los cuatro motivos esgrimidos por España en su recurso, incluido el que se añadió en la vista, consistente en que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al no apreciar de oficio la falta de motivación de la Decisión de la Comisión en relación con el carácter selectivo de la medida controvertida. Los otros tres motivos se referían a considerar como error de Derecho la afirmación del Tribunal General de que la Decisión de la Comisión C(2015) 7193 final no supuso ninguna nueva obligación para España; a estimar como error de Derecho la apreciación del Tribunal General de que la legislación española no definía de manera clara el servicio de interés económico general e igualmente a la consideración de que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al declarar la medida controvertida incompatible con el mercado interior, por no observar el principio de neutralidad tecnológica.

El Justicia de Aragón

David Acín

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 20 de abril, tomo posesión del cargo de Justicia de Aragón, Ángel Dolado Pérez, tras recibir la confianza de nuestras Cortes de Aragón. Sucediendo así en el cargo a Fernando García Vicente después de 19 años al frente de la Institución.

Con la toma de posesión del nuevo Justicia, se procedió a la renovación casi integral del nuevo equipo de asesores, sin que los ciudadanos hayan notado cambio esencial alguno en la continuación de los expedientes pendientes ni en los nuevos incoados, ya que el personal administrativo, fijo y de carrera, ha servido con su magnífico hacer para que los nuevos asesores, el gabinete del Justicia y este mismo hayan podido seguir emitiendo sugerencias, recomendaciones y recordatorios con absoluta normalidad.

Se ha optado por cambiar el criterio utilizado hasta la fecha para la redacción del Informe, consistente en citar la actividad de la Institución de forma amplia y generalizada, que, si bien permitía conocer la actividad del Justicia, se considera que no permitía ahondar en los fundamentos jurídicos de las Resoluciones, siendo estos, el sustento de las Sugerencias y Recomendaciones emitidas y que, a su vez, legitiman al Justicia de Aragón como garante de la protección y defensa de los derechos y libertades, individuales o colectivos, reconocidos en el Estatuto, frente a la actuación de las Administraciones.

A continuación, en el presente Informe, se detallan algunas Resoluciones del Justicia de Aragón de 2018 dentro del ámbito de la Administración Local. Donde la Institución tiene encomendada la supervisión de la actividad de los entes locales aragoneses y de las comarcas, sus organismos autónomos y demás entes que de ellos dependan, en los términos que establece la ley del Justicia.

II. EMPLEO PÚBLICO

1. BASES PLAN DE EMPLEO Y MOTIVACIÓN DE RESOLUCIÓN. DI-893/2018

De entrada, conviene señalar que en las normas del Plan referido, se encomienda a los Ayuntamientos la aplicación y valoración de los criterios de selección de los trabajadores «en función de la problemática de desempleo existente en su ámbito de actuación aplicando, en todo caso, criterios objetivos de selección».

Por tanto, es responsabilidad municipal establecer los requisitos y factores de concesión, para lo cual se considera procedente aprobar expresamente unas bases que establezcan los factores sociales y los criterios objetivos de selección, de manera que se concilie la finalidad de combatir el paro en el municipio con el respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad que pueden relacionarse con los mencionados «criterios objetivos de selección» (*art. 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre,* de aprobación *del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*).

Sirva aquí de referencia el pasaje de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 27 de septiembre de 2007, en relación con un programa de contratación preferente para personas en desempleo, cuando refiere lo que sigue:

> En el presente caso nos encontramos ante la contratación temporal de personal laboral, fijando la Ley de Bases de Régimen Local en su art. 103 que el personal laboral será seleccionado por la propia Corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el art. 91 del mismo texto legal, que señala la necesidad de respetar –no podía ser de otra manera- los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Los requisitos para acceder a la función pública deben establecerse mediante referencias abstractas y generalizadas, deben guardar directa relación con los criterios de mérito y capacidad y no con otras condiciones personales o sociales y deben tener una justificación objetiva y razonable teniendo en cuenta las características de los puestos a cubrir y las necesidades presentes y futuras en orden a la prestación de los cometidos asignados al personal que se pretende seleccionar. Dentro de estos parámetros, no puede negarse un amplio margen de libertad, tanto al Legislador como a la Administración, para dotar de contenido en cada caso a conceptos jurídicos indeterminados como son los de mérito y capacidad.

En segundo lugar, la propia resolución municipal del proceso de selección del trabajador debe ser objeto de motivación suficiente (art. 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), puesto que, se insiste en ello, nos encontramos ante una contratación de un empleado laboral por parte de la Administración, en la que esta debe justificar su decisión con base en los elementos anunciados públicamente en la convocatoria. La propia Sentencia precitada, de la Sala de Extremadura, señala que «no podemos olvidar que la motivación es necesaria para el debido conocimiento de las razones de la decisión administrativa por los interesados en términos que haga posible la defensa de sus derechos e intereses, y que debe darse a la misma en cada caso con la amplitud necesaria para tal fin, pues solo así puede el interesado alegar después cuanto convenga para su defensa». En este sentido, y con carácter general para el ámbito de las oposiciones y concursos, existe una reiterada toma de posición por parte del Tribunal Supremo en lo que se refiere a la mencionada exigencia de motivación (sirva de ejemplo la reciente Sentencia de 12 de junio de 2018, rec. 3365/2015).

Todo ello llevó a esta Institución a sugerir al Ayuntamiento que, en los procesos de selección de trabajadores en ejecución de planes de empleo, proceda a establecer unas bases en las que se pormenoricen y cuantifiquen los factores sociales y objetivos aplicables al proceso selectivo, así como a motivar la decisión por la que se seleccione al trabajador de forma suficiente y en coherencia con las bases previamente anunciadas.

III. URBANISMO

1. Distancias mínimas de instalaciones ganaderas mediante ordenanza. DI-1437/2018

La peculiaridad de nuestro territorio lleva aparejada la existencia de numerosos municipios con una baja densidad de población, lo cual conlleva que dichos Ayuntamientos, dispongan de presupuestos reducidos que les dificulta e incluso en ocasiones imposibilita, el ejercicio de las competencias atribuidas.

Una clara muestra de ello se observa en el urbanismo, donde los pequeños entes locales, no cuentan siempre con un Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) debido a la complejidad técnica y coste económico que lleva aparejado

El no disponer de un PGOU, conlleva a priori, entre otras consecuencias, la imposibilidad de aumentar las distancias de las instalaciones ganaderas a núcleos de población, mientras que los municipios colindantes que sí disponen de un instrumento de planeamiento urbanístico pueden establecer dichos requisitos.

Actualmente, la fijación de las distancias de las instalaciones ganaderas a núcleos de población se establece en el Decreto 94/2009, de 26 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la revisión de las Directrices sectoriales sobre actividades e instalaciones ganaderas.

En el art. 21 del citado Decreto 94/2009, se recogen las normas de emplazamiento de las instalaciones ganaderas; concretamente en su apdo. 5 establece que «Las ordenanzas y normas urbanísticas municipales podrán establecer las distancias mínimas contempladas en la presente norma u otras más restrictivas, ampliando las distancias mínimas exigidas, pero nunca reduciéndolas, salvo las excepciones previstas en los apartados siguientes».

Por el Departamento de Vertebración del Territorio, ha venido a decirse que la posibilidad de ampliar las distancias mínimas exigibles requiere la aprobación de un instrumento de planeamiento urbanístico, ya sea un PGOU ordinario o simplificado, por entender que este es el instrumento competente para clasificar el suelo y determinar los usos permitidos y prohibidos en cada clase.

A la vista de lo expuesto, cabe plantearse si la literalidad del art. 21.5 del Decreto 94/2009 posibilita, o no, que este aumento de distancias pueda hacerse a través del ejercicio de la potestad reglamentaria local (esto es, la aprobación de Ordenanzas), sin ser necesaria, por tanto, la aprobación de un instrumento de planeamiento urbanístico. A este respecto interesa notar que resulta más accesible a cualquier ente local que la aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana.

De ahí que, desde la Institución del Justicia de Aragón, se sugiera que se aclare la interpretación del precepto mencionado o que, en su caso, se estudie la aprobación de una modificación normativa que dé entrada a la ordenanza como medio para ampliar las distancias de las instalaciones ganaderas a los núcleos de población.

Pues resulta evidente que este tipo de desarrollo normativo resulta plenamente accesible a cualquier ente local, y se adapta en mejores condiciones a la realidad social de nuestro territorio.

IV. SERVICIOS PÚBLICOS

1. Molestias derivadas por paso de ganado. DI-1552/2017

Se abordaba el tema de las molestias causadas en una calle de una localidad, derivadas del paso de ganado y consistentes en suciedad (excrementos y orines), daños a bienes y terrenos (jardines, vehículos...etc.), además de suponer un pe-

ligro para la salud pública por otros animales relacionadas con las ovejas como garrapatas y pulgas.

A lo dicho se sumaba la falta de limpieza de la vía tras el paso del ganado, teniendo que ser los propios vecinos los que realizan esta tarea ante la pasividad del Ayuntamiento.

Era necesario resaltar que no ha podido saberse con qué frecuencia se producía el paso de los animales, si se trataba de un grupo numeroso, de uno o de varios, si los desperfectos y molestias eran continuos, si existían otras alternativas de paso menos gravosas (sólo se decía que había otro camino con huertas por lo que los daños causados por los animales serían mayores), si se trataba de una cañada y/o de una servidumbre de paso, hacia donde iban o venían los animales, e igualmente se desconocía si el ganado pertenecía a uno o varios particulares (se habla únicamente de los pastores que los llevan) posibilidad que a buen seguro sería la más factible.

No era objeto de esta Institución analizar ni dirimir si la calle era de titularidad pública o no, pero la forma de actuar de la Administración llevaría a considerar en principio que, efectivamente, se trataba de una vía pública a la que se debía dotar de los servicios públicos esenciales.

La responsabilidad del Ayuntamiento derivaba de lo dispuesto en los arts. 25.2.f) y 25.2.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 de abril, que establece la obligación del Municipio de proteger el medio ambiente y la competencia del mismo en la limpieza viaria, así como para la recogida y tratamiento de los residuos sólidos.

Dicha competencia sigue estando atribuida al Municipio después de la reforma efectuada por el art. 1.8.b) de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, conforme al cual se atribuye a los municipios la competencia en «[...] Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas».

Por tanto, a entender de esta Institución, ese concreto Ayuntamiento debía proporcionar el servicio público de limpieza y mantenimiento de la calle de la localidad en aplicación de la normativa citada. Esto resulta de la observancia de que, según se refiere, ninguna constancia existía de que la vía fuera de naturaleza privada, pues, de hecho, la propia actuación del Ayuntamiento había sido en todo momento como si de una vía pública se tratase. De lo contrario no se alcanzaba a entender cómo se prestaban algunos servicios públicos como el alumbrado o el alcantarillado, de manera que resultaba francamente contradictorio elegir qué servicios se prestan y qué otros no.

No correspondía así a los vecinos efectuar la limpieza de la calle cuando pagan los mismos tributos, impuestos y tasas que el resto de convecinos. De igual manera no tenían por qué soportar los daños causados por el ganado, debiendo ser consciente el Ayuntamiento de que podría producirse algún acontecimiento o hecho que llevara aparejada para él mismo una responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del servicio público que sería deseable evitar.

Podría el Consistorio, no obstante, elaborar una Ordenanza que regulara el tránsito de animales, lugares, horarios, etc. para los usos particulares, teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas y, a su vez, disponer una tasa por este uso especial para quien lo lleve a cabo, dado el coste de limpieza que supone para el municipio.

El art. 20 del RDL 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL) establece que:

> 1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos. En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por: A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.

El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011, contempla un supuesto que por analogía cabría aquí aplicar al supuesto de autos;

> [...] Pues bien, partiendo de la doctrina expuesta, cabe únicamente resolver si en caso de utilización de vehículos para el transporte de áridos se produce o no el aprovechamiento especial, que sería el hecho imponible de la tasa. En este sentido, el art. 1 de la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de Fontanar determina que «La intensidad del tránsito de vehículos que transportan áridos por los caminos municipales, el tonelaje con el que transitan y el deterioro permanente que por tal motivo sufren dichas vías públicas, son circunstancias que hacen que sea especial este aprovechamiento de los caminos e implica restricciones de su uso para los vecinos y ciudadanos. Por su parte, la sentencia de instancia aprecia y valora el carácter de aprovechamiento especial de los caminos públicos, que no siendo vías habituales para su utilización por vehículos, han de soportar los utilizados para el transporte de áridos, lo que sin duda alguna provoca, a la par que una ventaja singular para quien lleva a cabo el mismo, una restricción del uso general y una generación de coste para el Ayuntamiento, razón por la que se exige la correspondiente autorización, de conformidad con el art. 78 del Reglamento de Bienes y según la previsión de los» arts. 3.1, 7, 10 y 11 de la Ordenanza Municipal. «No puede por menos que confirmarse el criterio de la sentencia en la medida en que el transporte de áridos por caminos públicos municipales supone un uso de los mismos que excede del uso general y determina a la par que una restricción de este último, la obtención de una utilidad o ventaja que justifica la imposición de una tasa.

Lo mismo podría decirse en consecuencia respecto de una vía pública utilizada de forma habitual para el paso de ganado presuntamente de propiedad de particulares y que suponía un uso especial distinto al propio, cuando este uso causaba además desperfectos no sólo en un bien público sino en las propiedades privadas de los vecinos además de otra serie de molestias y que en definitiva solo beneficiaba a unos pocos sin coste alguno.

El art. 24.5 del TRLHL establece además que:

> Cuando la utilización privativa o el aprovechamiento especial lleve aparejada la destrucción o deterioro del dominio público local, el beneficiario, sin perjuicio del pago de la tasa a que hubiera lugar, estará obligado al reintegro del coste total de los respectivos gastos de reconstrucción o reparación y al depósito previo de su importe.

En virtud de todas estas manifestaciones, se consideró oportuno sugerir que se efectuaran las actuaciones que fueran necesarias para que los rebaños de ovejas dejaran de transitar por esa calle de la localidad, habilitando otros lugares de paso que no afectaran a los vecinos de esta calle ni de cualquier otra, eliminando los daños y molestias que hasta el momento se estaban causando. Por otra parte, también se resolvió que el servicio público de limpieza y mantenimiento, cuya prestación correspondía al Ayuntamiento se extendiera a la citada calle en aras al derecho de igualdad con el resto de viales de la población y de sus vecinos.

2. Ruidos de veladores. DI-2295/2017

En dicho expediente, cien vecinos de varias calles de Zaragoza resultaban afectados por los ruidos que generaban las terrazas de los bares de estas calles, que están abiertos de 8:00h a 1:00h de domingo a jueves, y viernes, sábado y vísperas de fiesta de 8:00h a 2:00h, y además ocupaban toda la acera en contra de lo establecido en la Ordenanza municipal reguladora de la instalación de terrazas de veladores.

El Ayuntamiento de Zaragoza, en cumplida contestación, informó de que la Policía Local había efectuado numerosas mediciones de ruidos que, si bien en su mayoría habían resultado positivas, «no ha podido concretarse la fuente del ruido, no pudiendo realizarse la medición del ruido de fondo, no procediendo en consecuencia a formular boletín de denuncia».

Conscientes de este problema y de la imposibilidad de utilizar la vía punitiva por falta de prueba objetiva, se habían propuesto varias medidas con objeto de minimizar las molestias. Entre ellas se había debatido la posibilidad de alejamiento de los veladores de la fachada, dejar solo veladores bajo cerramiento a reducción de horarios, o reducir el número de veladores. Estas dos últimas

opciones incluso habían sido resueltas en vía judicial en otra zona de la ciudad sin resultado positivo, por lo que una solución aceptable para todas las partes implicadas no resultaba fácil, aunque seguían trabajando para llegar a dar una solución al problema.

Como se había puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, la contaminación acústica genera graves perjuicios a la salud física y psíquica de las personas y afecta a derechos reconocidos como fundamentales en nuestra Constitución, lo que merece la protección que la vigente normativa les dispensa.

Los ayuntamientos tienen la facultad de establecer distancias mínimas y otras limitaciones para evitar los efectos de las zonas de ocio entre los vecinos de la zona. Los controles sobre las actividades ruidosas no terminan con el otorgamiento de la licencia o autorización, sino que, por el contrario, son siempre necesarios controles ulteriores y la verificación de la presencia de las circunstancias iniciales.

En este caso en particular, habían sido numerosas las mediciones de ruidos que, tal y como indicaba la Policía Local, habían sido por encima del límite reglamentariamente establecido, pero al no concretarse la fuente del ruido, no procedía formular boletín de denuncia.

Con independencia de ello, lo que sí se evidenciaba es que en la zona en cuestión se están produciendo determinadas molestias al vecindario que no está obligado a soportar.

Sobre los ruidos que invaden el domicilio y, por tanto, la esfera o lugar donde más y mejor se proyecta la intimidad personal y familiar, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado afirmando que la lesión de un particular por otro particular, como es el caso de la generación de ruido en demasía, en el ámbito domiciliario afecta de forma negativa a los derechos fundamentales a la intimidad, a la integridad física y a la inviolabilidad del domicilio (Sentencia 119/2001, entre otras), y, por lo tanto, estos derechos, ante tales lesiones, son tutelables en amparo si la Administración competente no actúa debidamente (*culpa in vigilando*). Razona al respecto el Tribunal Constitucional que los ruidos excesivos, aunque procedan del desarrollo de actividades lícitas, que dejan de serlo cuando se traspasan determinados niveles, son una agresión perturbadora procedente del exterior, que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar en su domicilio. Ello, por cuanto las inmisiones, gravemente nocivas cuando afectan a las personas en relación con su domicilio, constituyen un agravio a su derecho fundamental a la intimidad domiciliaria (STC 431/2003). En la tutela de estos derechos fundamentales, el Alto Tribunal se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llamando la atención de los Ayuntamientos sobre la necesidad de que desplieguen una actividad administrativa en materia

medioambiental, ya que tales entes locales poseen un título de intervención o defensa basado en la potestad de policía para proteger el bienestar de las personas y la inviolabilidad del domicilio.

Tal y como se hacía constar en el informe de la Secretaría Técnica de la Policía Local, en el art. 9 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación de Terrazas de Veladores, se prevé que cuando concurran razones de alteración de la pacífica convivencia o de molestias al vecindario, el Ayuntamiento podrá reducir para determinadas zonas o emplazamientos concretos el horario anterior y/o número de instalaciones compatibilizando los intereses en juego.

Igualmente el art. 6.1.e) de la misma Ordenanza Municipal señala que por acuerdo del órgano municipal competente, previos los informes que en cada caso resulten oportunos entre los que se incluirá el de la Junta Municipal o Vecinal correspondiente, podrán establecerse para zonas o vías determinadas, condiciones específicas para la instalación de las terrazas de veladores, o incluso la prohibición de estas, en atención a razones fundadas de interés público, relativas al libre tránsito a la protección contra el ruido y demás condiciones medioambientales.

Por ello, esta Institución sugirió al Ayuntamiento que se adoptaran las medidas necesarias con el fin de asegurar la tranquilidad y el descanso de los vecinos, así como que se estudiara la posibilidad de modificar la Ordenanza Municipal con el fin de que, en los supuestos en que se generaran molestias por ruidos que superaran los límites legales permitidos, se estableciera con carácter imperativo la revocación de las autorizaciones de veladores que originaban el foco de contaminación acústica o, en su caso, la limitación del horario.

V. **VIVIENDA**

1. **Falta de pago de la totalidad de la subvención. DI-470/2018**

Estaba concedida a los interesados en octubre de 2008 una subvención para la rehabilitación de obras comunes en un edificio, y en la notificación se les informaba de que la forma de pago sería el 40 % tras la comunicación del inicio de las obras, y el 60 % restante tras la visita del técnico. En octubre de 2008 recibieron un ingreso del primer pago del 40 % del importe y, desde esa fecha no existía resolución de concesión definitiva.

A este supuesto le era de aplicación el Texto Refundido de la Ordenanza municipal de Fomento de la Rehabilitación aprobada por el Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada el 28 de septiembre de 2001, publicada en el *BOP* el 23 de noviembre de 2001.

El art. 43 de la citada Ordenanza dice que las solicitudes presentadas para la concesión de ayudas económicas y técnicas serán tramitadas por la Sociedad Municipal de Rehabilitación Urbana y Promoción de la Edificación de Zaragoza, SL (actualmente Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda, SLU), de acuerdo con las normas contenidas en esta Ordenanza y legislación vigente de Régimen Local.

En el art. 45 se dispone: «Concesión provisional de ayudas. La concesión provisional de las subvenciones otorgadas será comunicada al solicitante por la Sociedad Municipal de Rehabilitación Urbana, SL, con la distribución en uno o dos pagos, según lo indicado en el art. 39 de esta Ordenanza, así como las condiciones específicas en las que se conceden y normas a seguir por el beneficiario».

Y el art. 46, «Concesión definitiva de las ayudas económicas» establece:

> La concesión definitiva de las ayudas económicas se solicitará por el beneficiario dentro de los treinta días siguientes a la terminación de las obras definidas en el acuerdo de concesión provisional.
>
> Previamente a la concesión definitiva de las ayudas económicas los servicios técnicos municipales podrán inspeccionar las obras realizadas, al objeto de comprobar la conformidad de su ejecución. Advertidas deficiencias subsanables, se comunicará al titular de la actuación el plazo y condiciones necesarias para proceder a la subsanación. Comprobada la conformidad de la obra, el Consejo de Administración de la Sociedad Municipal de Rehabilitación Urbana y Promoción de la Edificación de Zaragoza, SL, acordará la concesión definitiva de las ayudas, acompañando el certificado correspondiente».

Por escrito del Director Gerente de la Sociedad, se notificó al solicitante la concesión provisional de ayuda a la rehabilitación de fecha 23 de junio de 2008, por un importe de subvención de 563,38 euros, y en dicha notificación se le dice que la forma de pago será el 40 % tras la comunicación de inicio de las obras, y el 60 % tras la visita final del técnico. Procediéndose el 30 de octubre de 2008 al ingreso del primer pago.

Una vez concedida la aprobación provisional, el procedimiento indica que se acordará por el Consejo de Administración la aprobación definitiva, siempre que se solicite por el beneficiario dentro de los treinta días siguientes a la terminación de las obras, y que se compruebe por los servicios técnicos municipales la conformidad de su ejecución.

No existía resolución de concesión definitiva, que debía haberse otorgado al cumplirse todos los requisitos señalados por el procedimiento, por el único motivo de falta de consignación en el presupuesto del Ayuntamiento de Zaragoza de partida presupuestaria destinada a las ayudas económicas de la Ordenanza Municipal de Fomento de la Rehabilitación para los siguientes ejercicios.

A este respecto, la disposición adicional primera de la Ordenanza, dice que «los recursos económicos para la financiación de las ayudas económicas previstas en la Ordenanza, serán los que figuren en los presupuestos municipales vigentes, en cada ejercicio, destinados a tal finalidad, no pudiendo tramitarse nuevas propuestas de concesión provisional de ayudas, una vez agotados los mismos o los remanentes no consumidos de ejercicios anteriores». Al haberse tramitado esta propuesta de concesión provisional de ayudas, hay que entender que había consignación en el presupuesto para hacer frente a las ayudas concedidas.

De conformidad con lo establecido en el art. 9.4 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el otorgamiento de una subvención debe cumplir los siguientes requisitos «[...] b) La existencia de crédito adecuado y suficiente para atender las obligaciones de contenido económico que se derivan de la concesión de la subvención».

Los principios de confianza legítima y seguridad jurídica derivan de la Constitución española, que en el art. 9.3 dispone que «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

El art. 3.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público establece que:

> [...] las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: a) Servicio efectivo a los ciudadanos. b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos. c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa. d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión. e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional. f) Responsabilidad por la gestión pública. g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas. h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados. i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales. j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Al respecto, la buena fe tiene como consecuencia un tipo de conducta con unos comportamientos concretos que deben ser asumidos por quien crea esa expectativa. En el caso objeto de queja, se concedió la aprobación provisional y en ella se fijaron los importes de la subvención, e incluso se pagó en el año 2008 una parte de la misma tras la comunicación del inicio de las obras.

El interesado había solicitado en distintas ocasiones información y no se le daban explicaciones. En la actualidad, según decía la Sociedad Municipal, el expediente se encontraba paralizado y mientras no hubiera disponibilidad presupuestaria que garantizara afrontar el pago de la subvención, no se podían realizar pagos, afirmando que resultaba imposible determinar plazo de tiempo para su efectiva materialización.

Por ello, se consideró oportuno Recomendar al Ayuntamiento de Zaragoza que se procediera a habilitar el crédito necesario para hacer efectivo el pago del importe que quedaba pendiente de esa subvención, y que por parte de la Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda se iniciaran los trámites administrativos necesarios para la resolución de concesión definitiva de la ayuda y su correspondiente abono al interesado.

VI. **TRIBUTOS**

1. **Renuncia al legado. Ampliación del plazo de presentación de autoliquidaciones. DI-842/2018**

Cabe reseñar en el año 2018 la Sugerencia formulada al Ayuntamiento de Zaragoza, al expediente DI-842/2018, para que considerara que la obligación de presentar las declaraciones del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en el plazo de seis meses a contar desde el fallecimiento del causante, en los casos de renuncia al legado, no fuera de aplicación, pues la transmisión realmente acontece con el acto de renuncia al legado, y por ello, al haber presentado las autoliquidaciones del Impuesto la heredera en plazo, no debería el Ayuntamiento de Zaragoza exigir el recargo por presentación de autoliquidación extemporánea.

En el caso planteado a la Institución del Justicia de Aragón, el Ayuntamiento de Zaragoza exigía el pago de un recargo por presentación fuera de plazo de tres autoliquidaciones del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. El motivo de la presentación extemporánea fue el hecho de haber renunciado un legatario testamentario a un legado casi un año más tarde del fallecimiento del causante. El Abogado del heredero y sujeto pasivo del referido Impuesto sobre el Incremento consideraba que al haber presentado en el plazo de un mes las autoliquidaciones tras la aceptación de los bienes que acrecieron la herencia por medio de escritura notarial, había cumplido con sus obligaciones tributarias en plazo y no podía ser merecedor de ser obligado a pagar recargo alguno.

El art. 477 del Código del Derecho Foral de Aragón establece:

> 1. En los legados de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, el legatario adquiere su propiedad desde que se le defiere. En los demás legados, la delación le convierte en acreedor de la persona gravada.
>
> 2. El legatario que acepte el legado consolidará su adquisición, pero si lo repudia se considerará que no ha tenido lugar la delación a su favor.

Y el art. 479 del citado Código estatuye que:

> El legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación.

La acción para reclamar la entrega de un bien inmueble tendría naturaleza real y prescribiría, en aplicación del art. 1963 del Código civil, a los 30 años; en otros casos, en general, la acción prescribiría por el transcurso del plazo de cinco años, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1964 del Código civil.

En aplicación de las normas transcritas, mientras no renuncia al legado el legatario, el heredero no adquiere los bienes que acrecen la herencia, y no está obligado a presentar las declaraciones tributarias de los diferentes impuestos, pues no ha heredado los bienes legados: no ha habido transmisión alguna.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en su Sentencia de 21 de abril de 2003 sobre el tratamiento tributario de la fiducia, consideró que «puede afirmarse que si lo que está pendiente es la existencia o no del título sucesorio y la naturaleza de este, parece poco discutible que deba aplicarse en este caso igualmente el aplazamiento de las liquidaciones».

Se consideró, por tanto, desde esta Institución que las autoliquidaciones del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana fueron presentadas por la heredera dentro del plazo señalado en el art. 110 de la Ley de Haciendas Locales, seis meses, al haberlas presentado antes del plazo de un mes desde que renunció al legado el legatario. El obligado al pago del Impuesto era el llamado a recibir el legado, quien tenía el plazo de seis meses prorrogables por otros seis previa petición. El hecho de haber renunciado al legado 11 meses y 27 días más tarde supone que los bienes del legado acrecen la herencia, y se transmite la propiedad de lo renunciado al heredero, por lo que en aplicación de los arts. 104, 109 y 110 de la Ley de Haciendas Locales, deberíamos considerar que la transmisión se produce entonces y en consecuencia su devengo, teniendo el sujeto pasivo el plazo de un mes si consideramos que la transmisión proviene de un acto intervivos o seis meses si es *mortis causa*.

El Ayuntamiento de Zaragoza, en respuesta a la Sugerencia formulada, informó a la Institución de que había procedido a anular los recargos por presentación extemporánea de las autoliquidaciones.

VII. BIENESTAR SOCIAL

1. EMPADRONAMIENTO DI-501/2018

Tuvo entrada un escrito en el que se exponía la dificultad que tenía un ciudadano para inscribirse en el padrón por estar viviendo en la calle y su temor de que esta circunstancia le hiciese perder la ayuda social que estaba percibiendo por no poder acreditar el empadronamiento.

Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente, y el Ayuntamiento es responsable de la inscripción de todas las personas que vivan en su municipio.

La Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las CC AA y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal señala en su apdo. 2.3 que «el Padrón es el registro administrativo que pretende reflejar el domicilio donde residen las personas que viven en España. Su objetivo es, por tanto, dejar constancia de un hecho, por lo que, en principio, no debe resultar distorsionado ni por los derechos que puedan o no corresponder al vecino para residir en ese domicilio, ni por los derechos que podrían derivarse de la expedición de una certificación acreditativa de aquel hecho» y consecuentemente con ello, en el apdo. 3.3 relativo al empadronamiento de personas sin domicilio, insiste en que «la inscripción padronal es completamente independiente de las controversias jurídico-privadas sobre la titularidad de la vivienda».

Para dar de alta a una persona en situación marginal es preceptiva la realización de un informe previo por parte de los Servicios Municipales del Ayuntamiento en el que se evalúe la situación real del ciudadano y donde se acredite la correcta práctica de las notificaciones , tal y como se recoge en la resolución del INE y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las CC AA y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del Padrón Municipal:

> [...] las infraviviendas (chabolas, caravanas, cuevas, etc. e incluso ausencia total de techo) pueden y deben figurar como domicilios válidos en el Padrón. Las situaciones más extremas pueden plantear la duda sobre la procedencia o no de su constancia en el Padrón municipal. El criterio que debe presidir esta decisión viene determinado por la posibilidad o imposibilidad de dirigir al empadronado una comunicación al domicilio que figure en su inscripción. En el caso de que sea razonable esperar que esa comunicación llegue a conocimiento del destinatario, se le debe empadronar en esa dirección.

Para ello, se deberá solicitar por el interesado mediante presentación de instancia en Registro General que se dirigirá a la Unidad de Estadística y Gestión

Padronal en la que se indiquen sus datos de identificación (núm. de teléfono si lo hubiera), fotocopia del Documento de Identificación y la aclaración del lugar donde reside y Centro de Servicios Sociales que conoce su historia Social.

El Ayuntamiento debe aceptar como domicilio cualquier dirección donde efectivamente vivan los vecinos, incluyendo los supuestos en que una persona que carece de techo, siempre que resida habitualmente en el municipio y sea conocida de los Servicios Sociales. Además, también será posible que el ciudadano sea empadronado en el CMSS correspondiente (domicilio ficticio), siempre y cuando no sea posible garantizar que recibe las comunicaciones en el domicilio donde realmente reside.

VIII. **INTERIOR**

1. **Señalización de zonas con estacionamiento regulado. DI-779/2018**

La queja se inicia por un ciudadano que manifiesta la posible ilicitud de las zonas de estacionamiento regulado, en particular las denominadas «zona naranja» o de estacionamiento de residentes (ESRE), las cuales se encuentran delimitadas por líneas discontinuas de color naranja, sin que en la normativa vigente conste dicho color dentro de las marcas viales.

Vista el escrito presentado, así como la documentación aportada, se acordó admitirla a supervisión efectuando la oportuna asignación del expediente para su instrucción. Se solicito información al Ayuntamiento sobre la misma, quien manifestaba que dicho color «no vienen recogidas en la Norma de Carreteras que regula la normativa nacional», así como que el marco competencial se encontraba en el Reglamento Municipal del Servicio de Estacionamiento Regulado en superficie en su art. 14.7

La Constitución Española recoge en su art. 149.1.21º el «tráfico y circulación de vehículos a motor» como una competencia exclusiva del Estado, que a su vez se manifiesta a través del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (LSV). En su art. 7 hace una «cesión» en pro de los Ayuntamientos por entender que es la Administración que mejor puede desarrollar esa competencia, manifestando que corresponde a los municipios «La regulación mediante ordenanza municipal de circulación, de los usos de las vías urbanas... así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado», su art. 39.4 viene a confirmar lo anterior al recoger que «El régimen de parada y estacionamiento en vías urbanas se regulará por ordenanza municipal».

También en la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local en su art. 25.2.b, se reconoce la competencia municipal en «Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas.»

A nivel reglamentario nos encontramos con el art. 93 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del Texto Articulado de la Ley Sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de Marzo (RGC) que ratifica lo anterior, pero apostilla que, «En ningún caso podrán las ordenanzas municipales oponerse, alterar, desvirtuar o inducir a confusión con los preceptos de este reglamento».

A todo lo anteriormente expuesto debemos añadir el art. 55 LSV que remite al reglamento donde se establecerán en un Catálogo Oficial, la forma, color, diseño y significado de las señales. Constando dicho Catálogo en el Anexo I del Reglamento General de Circulación, tal como recoge el art. 172 de la misma norma.

En desarrollo de las competencias del art. 25.2 LBRL y el 7 LSV, mediante Ordenanza no podrán ser contradichas por normas de rango inferior como consecuencia del principio de jerarquía normativa, ya que, «en ningún caso, las normas procedentes de la autonomía legislativa local, pueden invadir competencias atribuidas al Estado o a las Comunidades Autónomas, ni contradecir, modificar, ampliar o innovar las Leyes existentes». (STS de 24 de junio 2014), igualmente en el caso de la ordenanza de peatones y ciclistas de Zaragoza «aplicado al presente caso, todo ello significa que la Ordenanza Municipal de Circulación de Peatones y Ciclistas aprobada por el Ayuntamiento de Zaragoza está subordinada, sin duda alguna, a la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, así como al Reglamento General de Circulación» (STS de 10 de abril de 2014) y la ordenanza de bicicletas de Sevilla, «siendo por tanto innegable la competencia regulatoria del Ayuntamiento, tampoco es ilimitada, sino que depende de la Ley de Tráfico y su reglamentos, a las cuales no puede contradecir, incurriendo en otro caso en nulidad» (STS de 22 de enero 2013). Cabe destacar también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el que por parte de un Ayuntamiento se aprobó la utilización de señales con el lema kontuz Kontrola, para advertir a los ciudadanos de la realización de controles de seguridad ciudadana, dejando claro por parte de la Sala la falta de competencia en dicha materia; «como se observa con facilidad, ni se atribuye al ayuntamiento capacidad alguna para crear señales (ha de atenerse a las reglamentarias, esto es, las reflejadas en el Real Decreto en estudio), ni se le autoriza para señalizar supuestos como el analizado, controles de seguridad» (STSJ País Vasco de 31 de marzo de 2005).

En el lado opuesto, tenemos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2016 a raíz de las «Zonas verdes» que entiende que «a diferencia de otras normas de circulación que tienen carácter general, el régimen de estacionamiento puede ser muy diverso y no sería posible cumplir los fines a los que está llamado ese régimen diverso de los estacionamientos si se limitara a la señalización de las marcas viales al color azul, aparte de que supondría desconocer la habilitación legal expresa contenida en el art. 7 LSV. Por ello, la remisión que el art. 55 de la LSV hace al desarrollo reglamentario, hay que entenderla que es, para el supuesto específico del estacionamiento regulado, a las Ordenanzas Municipales».

Es indudable que el utilizar distintos colores para diferenciar las zonas de estacionamiento regulado es una medida útil para los conductores. Pero, por el contrario, el hecho de que cada municipio regule mediante ordenanza los colores para este tipo de estacionamiento puede dar lugar a una inseguridad jurídica que el ciudadano no debe soportar y la Administración está obligada a evitar.

Como corolario y mientras por parte del Estado no se proceda a la inclusión de diferentes colores para las zonas de estacionamiento regulado o bien, a la habilitación de los entes locales para ampliarlos, se deberían de señalizar únicamente tal y como recoge el art. 171.f RGC, por ser el único permitido.

Cámara de Cuentas de Aragón

Ignacio Barquero Solanes

I. INTRODUCCIÓN

El Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye a la Cámara de Cuentas la fiscalización externa de la gestión económico-financiera, contable y operativa del sector público, velando para que se ajuste al ordenamiento jurídico, a los principios contables y a los criterios de eficacia, eficiencia y economía.

La Cámara de Cuentas de Aragón emitió, en el ejercicio 2018, cuatro informes relacionados con el sector local aragonés que 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:

- Informe de Fiscalización del Sector Público Local Aragonés. Ejercicio 2016.
- Informe de Fiscalización de la Comarca de la Ribagorza. Ejercicio 2015.
- Informe de Fiscalización de la Comarca del Campo de Borja. Ejercicio 2015.
- Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Caspe. Ejercicios 2013-2015.

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.

II. FISCALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL ARAGONÉS. EJERCICIO 2016

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 Locales 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 2018 se emitió el informe de fiscalización sobre el sector público local aragonés del ejercicio 2016, aprobado por el Consejo en su sesión del 17 de enero de 2019 y cuyas principales conclusiones se resumen a continuación.

2. Censo de las entidades locales aragonesas

El sector público local aragonés, a 1 de enero de 2016, estaba integrado por 858 entidades principales de las que dependían 152 entidades.

		ENTES DEPENDIENTES				
ENTE PRINCIPAL	NÚMERO	ORGANISMOS AUTÓNOMOS	SOCIEDADES MERCANTILES	CONSORCIOS ADSCRITOS	FUNDACIONES	TOTAL
Ayuntamiento	731	35	66	1	28	861
Entidad Local Menor	43	1	–	–	–	44
Diputación Provincial	3	3	5	1	3	15
Comarca	32	3	6	1	2	44
Mancomunidad	44	1	–	–	1	46
TOTAL	858	43	77	3	34	1.010

La población de los 731 municipios de Aragón, a 1 de enero de 2016, era de 1308,563 habitantes; 9284 habitantes menos que a 1 de enero de 2015. La

provincia de Zaragoza ha disminuido su población en 5499 habitantes (3845 el municipio de Zaragoza), la provincia de Huesca ha disminuido su población en 1830 habitantes y la provincia de Teruel en 1955 habitantes..

Su distribución, según tramos de población, se muestra en el cuadro siguiente:

Población	Número municipios	% municipios de sobre total	Población	% población sobre total
> 100.000	1	0,14	661.108	50,52
De 10.001 a 100.000	12	1,64	244.433	18,68
De 5.001 a 10.000	11	1,50	82.472	6,30
De 1.001 a 5.000	80	10,94	168.026	12,84
De 501 a 1.000	85	11,63	59.954	4,58
De 101 a 500	350	47,88	80.936	6,19
De 1 a 100	192	26,27	11.634	0,89
Total	731	100 %	1.308.563	100 %

3. Rendición

Las Entidades Locales aragonesas, en cumplimiento de 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 telemáticos para su rendición (*BOA*, 148, de 28 de julio de 2011). Instrucción que fue modificada mediante 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 lo ciudadanos y a cualquier interesado un acceso sencillo y directo a la referida información a través de la página web: www.rendiciondecuentas.es

En el plazo legal (antes del 15 de octubre de 2017) 651 entidades (un 76 % del censo) habían rendido su Cuenta General del año 2016 ante la Cámara de Cuentas. A 31 de diciembre de 2017, fecha de cierre de los trabajos de realización del informe, 789 entidades locales habían rendido sus cuentas (un 92 % del censo).

		ENTES QUE RINDIERON EN PLAZO LEGAL (ANTES DEL 15/10/2016)		ENTES QUE RINDIERON AL 31/12/2016	
TIPO DE ENTIDAD / POBLACIÓN	NÚM. TOTAL ENTIDADES DEL CENSO	NÚMERO	% SOBRE TOTAL DEL CENSO	NÚMERO	% SOBRE TOTAL DEL CENSO
Ayuntamiento	731	568	78 %	690	94 %
> 100.000	1	1	100 %	1	100 %
De 10.001 a 100.000	12	10	83 %	12	100 %
De 5.001 a 10.000	11	8	73 %	10	91 %
De 1.001 a 5.000	80	72	90 %	79	99 %
De 501 a 1.000	86	68	79 %	84	98 %
De 101 a 500	354	268	76 %	328	93 %
De 1 a100	187	141	75 %	176	94 %
Entidad Local Menor	43	29	67 %	34	79 %
Diputación Provincial	3	3	100 %	3	100 %
Comarca	32	26	81 %	30	94 %
TOTAL	**853**	**651**	**76 %**	**789**	**92 %**

El grado de cumplimiento en la remisión de la cuenta general desde el inicio de funcionamiento de la Cámara de Cuentas hasta el 31 de diciembre de 2017 es el siguiente:

Evolución de la rendición de cuentas de los años 2010 a 2016*

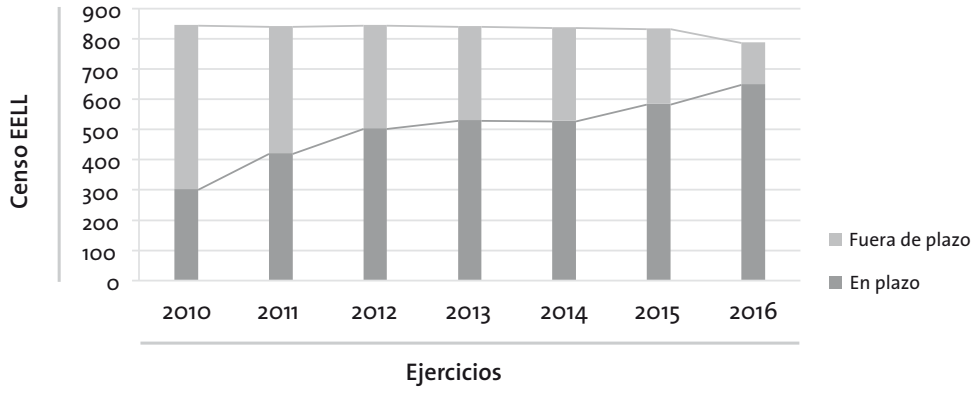
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Entidades que han rendido a 31/12/2017	847	842	846	843	839	835	789
Entidades que no han rendido a 31/12/2017	22	23	21	21	18	19	64
% rendición/censo	97 %	97 %	98 %	98 %	98 %	98 %	92 %

* Los datos que refleja el cuadro son acumulativos de tal manera que a lo largo del ejercicio 2016 y hasta 31 de diciembre de 2017 las entidades han podido rendir cuentas de ejercicios anteriores (2010-2015).

En el cuadro siguiente se detalla el número y el porcentaje de entidades principales que presentaron sus cuentas generales en plazo y las que las presentaron fuera de plazo y hasta 31 de diciembre de 2017.

	EN PLAZO (ANTES DEL 15 DE OCTUBRE)							FUERA DE PLAZO (DEL 15/10 AL 31/12/2017)						
Ejercicio	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Núm. entidades	303	421	506	531	530	586	651	546	422	342	313	311	249	139
Porcentaje	35 %	49 %	58 %	61 %	62 %	69 %	76 %	63 %	49 %	39 %	36 %	36 %	29 %	16 %

Evolución rendición cuenta general



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 informáticos, 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

Desde el ejercicio 2015 es de aplicación el nuevo Plan General de Contabilidad Pública adaptado a la Administración Local, aprobado mediante las Órdenes HAP/1781/2013 y HAP/1782/2013, de 20 de septiembre, por las que se regulan las Instrucciones de los modelos normal y simplificado de contabilidad local.

Con dichas órdenes se actualiza la normativa contable y se ajusta su contenido al previsto en el Plan General de Contabilidad Publica de 2010.

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 2017 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 2017.
- 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 sociedades mercantiles cuya dependencia de alguna entidad local no era mayoritaria.

- Dado que las entidades locales pueden ajustar su contabilidad a distintos modelos contables (normal, básico y simplificado), se ha agregado teniendo en cuenta lo siguiente:
  - El balance de situación y la cuenta de resultados económico-patrimonial no existen en el modelo básico de cuentas, por lo que para dichos estados se agregan exclusivamente los datos de las entidades locales cuyas cuentas se ajustan a los modelos normal y simplificado.
  - Los modelos normal y simplificado de contabilidad establecen unos estados de balance de situación y cuenta de resultados no homogéneos, por lo que a efectos de presentar en este informe la información agregada se ha elaborado un estado propio.
  - Las cuentas elaboradas conforme al modelo básico de contabilidad no presentan ajustes al resultado presupuestario del ejercicio; tampoco se calcula el exceso de financiación afectada en el remanente de tesorería de dicho modelo.

A. **Ejecución del presupuesto de gastos e ingresos**

Las obligaciones reconocidas netas (ORN) o volumen de gasto presupuestario, de las entidades locales aragonesas en 2016 ascendieron a 1788 millones de euros y los derechos reconocidos netos (DRN), o ingresos presupuestarios, a 1906 millones de euros.

TIPO ENTIDAD	GASTO PRESUPUESTARIO DE 2016 (ORN) EN MILES DE EUROS	INGRESOS PRESUPUESTARIOS DE 2016 (DRN) EN MILES DE EUROS
Ayuntamientos	1.396.675	1.510.948
> 100.000	711.131	740.127
De 10.001 a 100.000	225.362	245.270
De 5.001 a 10.000	77.000	89.136
De 1.001 a 5.000	177.636	204.283
De 501 a 1.000	69.405	75.778
De 101 a 500	110.244	125.767
De 1 a 100	25.897	30.587
Entidades Locales Menores	2.818	3.062
Diputación Provincial	283.170	277.610
Comarcas	95.335	103.652
Mancomunidades	10.316	10.982
TOTAL	1.788.314	1.906.254

B. **Resultado presupuestario y remanente de tesorería**

En el cuadro siguiente se refleja el resultado presupuestario ajustado, el remanente de tesorería total y el remanente de tesorería para gastos generales de las entidades locales y sus organismos autónomos del ejercicio 2016.

TIPO DE ENTIDAD	RESULTADO PRESUPUESTARIO AJUSTADO	REMANENTE DE TESORERÍA	REMANENTE DE TESORERÍA PARA GASTOS GENERALES
Ayuntamiento	126.130	424.621	269.073
> 100.000 h.	32.649	80.645	18.873
De 10.001 a 100.000	26.746	93.829	54.529
De 5.001 a 10.000	13.595	38.704	21.254
De 1.001 a 5.000	29.732	94.217	72.854
De 501 a 1.000	8.042	30.116	24.299
De 101 a 500	14.345	62.081	53.457
De 1 a100	1.021	25.029	23.807
Entidad Local Menor	134	2.145	1.891
Diputación Provincial	43.744	101.073	89.028
Comarca	9.506	36.525	34.162
Mancomunidad	611	7.291	7.044
TOTAL	**180.125**	**571.655**	**401.198**

El resultado presupuestario es una magnitud que recoge en qué medida los recursos obtenidos a lo largo del ejercicio económico han sido suficientes para atender las necesidades surgidas en el mismo, calculado como diferencia entre los derechos reconocidos netos y las obligaciones reconocidas netas durante el ejercicio.

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, dado que la utilización del mismo no da lugar al reconocimiento de derechos y por tanto se genera un déficit ficticio.

El remanente de tesorería constituye un indicador de liquidez; muestra a fecha cierre del ejercicio el superávit o el déficit acumulado a lo largo de distintos ejercicios.

Dicha magnitud condiciona las posibilidades de modificaciones de crédito sobre futuros presupuestos y un cálculo incorrecto puede provocar expectativas de gasto ficticias y problemas de liquidez en la tesorería.

Está integrado por los derechos pendientes de cobro, las obligaciones pendientes de pago y los fondos líquidos referidos todos ellos a 31 de diciembre del ejercicio fiscalizado.

El remanente de tesorería para gastos generales se determina minorando el remanente de tesorería en el importe de los derechos pendientes de cobro de difícil o imposible recaudación y en el exceso de la financiación afectada.

Además de estas magnitudes, hay que considerar la cuenta 413, Acreedores por operaciones pendientes de aplicar al presupuesto, cuyo saldo, aunque también representa obligaciones pendientes de pago, no se tiene en cuenta, según las reglas vigentes, para calcular el remanente de tesorería ni el resultado presupuestario; cuando supone, de hecho, una disminución en ambas magnitudes.

C. **Análisis de la cuenta 413. Acreedores por operaciones pendientes de aplicar al presupuesto**

La cuenta 413, Acreedores por operaciones pendientes de aplicar al presupuesto, recoge a 31 de diciembre las obligaciones derivadas de gastos realizados o bienes y servicios recibidos, para las que no se ha producido su aplicación a presupuesto, siendo procedente la misma.

La variación interanual del saldo agregado de la cuenta 413, Acreedores por operaciones pendientes de aplicar al presupuesto, se refleja en el siguiente cuadro.

TIPO DE ENTIDAD	SALDO A 31/12/2016	SALDO A 31/12/2015	SALDO A 31/12/2014
Ayuntamiento	14.510	34.880	30.365
> 100.000 h.	9.636	25.894	21.407
De 10.001 a 100.000	1.680	2.134	1.383
De 5.001 a 10.000	594	6.138	5.066
De 1.001 a 5.000	2.364	524	2.008
De 501 a 1.000	82	115	266
De 101 a 500	133	54	214
De 1 a100	21	21	21
Entidad Local Menor	0	0	0
Diputación Provincial	1.828	859	711
Comarca	5	15	32
Mancomunidad	0	0	0
TOTAL	**16.343**	**35.754**	**31.108**

D. **Estructura del activo y del pasivo**

La estructura del activo del balance de situación a 31 de diciembre de 2016 presenta el siguiente detalle:

		ENTIDADES DEPENDIENTES		
MASAS PATRIMONIALES DEL ACTIVO	ENTIDADES PRINCIPALES	ORGANISMOS AUTÓNOMOS	CONSORCIOS	TOTAL
A. **Activo no corriente**	**7.364.165**	**31.520**	**1.346**	**7.397.031**
I. Inmovilizado intangible	18.113	75	3	18.191
II. Inmovilizado material	6.955.274	34.979	1.343	6.991.596
III. Inversiones inmobiliarias	121.241	(3.538)	–	117.703
IV. Patrimonio público del suelo	103.092	–	–	103.092
V. Inversiones financieras en entidades del grupo, multigrupo y asociadas	126.532	1	–	126.533
VI. Inversiones financieras a largo plazo	39.820	3	–	39.823
VII. Deudores y otras cuentas a cobrar a largo plazo	93	–	–	93
B. **Activo corriente**	**861.182**	**13.631**	**908**	**875.720**
II. Existencias	15.583	–	–	15.583
III. Deudores y otras cuentas a cobrar	362.682	6.608	384	369.674
IV. Inversiones financieras a corto plazo	7.940	61	–	8.001
V. Ajustes por periodificación	55	–	–	55
VI. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes	474.921	6.961	524	482.407
TOTAL ACTIVO	**8.225.347**	**45.151**	**2.254**	**8.272.752**

La estructura del pasivo del balance de situación a 31 de diciembre de 2016 presentaba el siguiente detalle:

Masas patrimoniales del pasivo	Entidades principales	Entidades dependientes: Organismos autónomos	Entidades dependientes: Consorcios	Total
A. **Patrimonio neto**	**6.664.452**	**37.277**	**1.952**	**6.703.680**
I. Patrimonio	3.013.122	15.069	1.503	3.029.694
II. Patrimonio generado	3.588.854	22.041	449	3.611.344
IV. Subvenciones recibidas pendientes de imputación a resultados	62.476	166	–	62.642
B. **Pasivo no corriente**	**1.025.318**	**2.511**	**–**	**1.027.829**
I. Provisiones a largo plazo	27.267	–	–	27.267
II. Deudas a largo plazo	987.818	633	–	988.451
IV. Acreedores y otras cuentas a pagar a largo plazo	10.232	1.878	–	12.110
C. **Pasivo corriente**	**535.550**	**5.363**	**302**	**541.215**
I. Provisiones a corto plazo	1.116	–	–	1.116
II. Deudas a corto plazo	158.640	336	6	158.981
III. Deudas con entidades del grupo, multigrupo y asociadas a corto plazo	2	–	–	2
IV. Acreedores y otras cuentas a pagar a corto plazo	375.792	5.027	296	381.115
Total patrimonio neto y pasivo	**8.225.320**	**45.151**	**2.254**	**8.272.725**

5. Apartado sobre estabilidad presupuestaria

Como novedad, en este informe la Cámara de Cuentas realizó un análisis del cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria por parte de las entidades locales de Aragón. En el periodo 2013-2017, 206 entidades locales aragonesas tuvieron que elaborar un plan económico-financiero como consecuencia de haber incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria, el objetivo de estabilidad de la deuda o la regla de gasto, siendo el ejercicio de 2016 en el que se aprobaron el mayor número de ellos.

El informe recoge un seguimiento de los planes económico-financieros elaborados por diez ayuntamientos de más de 10.000 habitantes (Calatayud, Cuarte de Huerva, Ejea de los Caballeros, Fraga, Huesca, Jaca, Tarazona, Teruel, Utebo y Zaragoza) y por la Diputación Provincial de Zaragoza. En la mayoría de estos casos, las entidades se vieron obligadas a elaborar los respectivos planes económico-financieros como consecuencia del incumplimiento de la regla de gasto, que se dio en diez de los once entes analizados. Dos ayuntamientos incumplieron el objetivo de estabilidad presupuestaria y, por último, uno de ellos se vio abocado a elaborar un plan de reequilibrio por haber incumplido el objetivo de sostenibilidad de la deuda pública.

III. **FISCALIZACIÓN DE LA COMARCA DE LA RIBAGORZA. EJERCICIO 2015**

1. **Introducción**

El Consejo de la Cámara de Cuentas de Aragón, en su sesión del 28 de enero de 2016, aprobó el Programa Anual de Fiscalización para el año 2016 en el que se incluía la fiscalización de regularidad; financiera y de cumplimiento de la Comarca de la Ribagorza con especial atención, de acuerdo a las prioridades expresadas por las Cortes, a la financiación, a la actividad contractual (contratación de personal y de contratos de suministro) y a la gestión de subvenciones. Informe que fue aprobado por el Consejo en su reunión del 2 de abril de 2018.

Los resultados de la fiscalización se presentaron de forma separada, como suele ser habitual, con la auditoría financiera por un lado y el cumplimiento de la legalidad por otro.

2. **Conclusiones de la auditoría financiera**

El resultado de la fiscalización fue la emisión de una opinión de seguridad razonable modificada con salvedades, concluyendo por tanto que las cuentas anuales de la Comarca de la Ribagorza expresaban, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la misma a 31 de diciembre de 2015, así como de su resultado económico y presupuestario correspondientes al ejercicio anual terminado en dicha fecha, de conformidad con el marco normativo de información financiera pública que le resultaba de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables y presupuestarios contenidos en el mismo, excepto por los posibles efectos de las limitaciones al alcance y los efectos de los hechos descritos en el fundamento de la opi-

nión con salvedades (de las que a continuación se realiza una síntesis de las más significativas).

A. **Limitaciones al alcance**

La Comarca de la Ribagorza no disponía de un Inventario (ni general ni contable) que recogiese todos sus bienes y derechos.

A este respecto la regla 6 de la Instrucción Normal 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 vigentes 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).

Esta carencia de inventarios: imposibilita calcular la amortización de los bienes del inmovilizado, y manifiesta que el sistema de información contable es ineficaz para conocer el estado los bienes y derechos de la Comarca.

C. **Incorrecciones**

a) ***Inmovilizado no financiero***

La Comarca no efectuó la dotación correspondiente a las amortizaciones del Inmovilizado, incumpliendo la regla 9 de la Instrucción de Contabilidad Simplificada (ICS) y la norma de valoración 1.7 del Plan de Cuentas Local Simplificado (PCLS).

b) ***Procedimiento de gestión presupuestaria de las subvenciones***

La Comarca de la Ribagorza contabilizó de forma incorrecta las subvenciones concedidas ya que, en determinados casos, dictó documentos ADO en el mo-

mento de la concesión, sin que se hubieran acreditado documentalmente el derecho de los beneficiarios a la percepción de las mismas,

En virtud de la ley 38/2003 de subvenciones, de los principios contables públicos y de la ICAL, la contabilización de las subvenciones debe realizarse en unas fases muy definidas; con carácter previo a la convocatoria de la subvención (en caso de que la haya) deberá efectuarse la aprobación del gasto (fase A); la resolución de concesión de la subvención llevará consigo la aprobación del compromiso del gasto correspondiente (fase D); cuando no haya convocatoria (subvenciones de concesión directa) las dos fases anteriores se realizarán de forma conjunta (fase AD).

Por lo que respecta a la fase de reconocimiento de la obligación (fase O) los principios contables públicos establecen que el reconocimiento de la misma por el ente concedente debe realizarse cuando dicte el acto por el cual reconozca y cuantifique el derecho de cobro del ente beneficiario, imputándose simultáneamente al presupuesto de gastos en vigor.

La obligación surge en el momento en que la deuda es vencida, líquida y exigible, es decir, en el momento en que se cumplen los requisitos para el pago establecidos en la norma reguladora.

No obstante lo anterior, si a fin de ejercicio, el ente beneficiario hubiera cumplido los requisitos para el cobro que le son exigidos por la normativa reguladora y el ente concedente tuviera constancia de ello, aunque no se hubiera dictado el acto de reconocimiento y cuantificación del derecho de cobro del ente beneficiario, deberá reconocerse la obligación y el gasto.

Asimismo se podrá dotar una provisión en aquellas subvenciones y transferencias concedidas y que al cierre del ejercicio esté pendiente el cumplimiento de alguna condición o trámite necesario para poder reconocer la obligación, con la finalidad de cubrir el posible gasto y en orden a dar una imagen fiel.

c) ***Deudores por derechos reconocidos***

Asociados a ingresos por transferencias, la Comarca contabilizó incorrectamente 334 000 euros como derechos pendientes de cobro sin que se hubiera recibido la transferencia o sin que el ente concedente hubiera dictado el reconocimiento de la obligación, incumpliendo el documento 4 de los principios contables público.

d) ***Deterioro de valor de créditos***

La comarca en el cálculo de los derechos pendientes de cobro considerados de difícil o imposible recaudación aplicó los porcentajes mínimos establecidos en

el art. 193 bis del TRLRHL, sin tener en cuenta los criterios establecidos en el art. 103 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril ni lo establecido en la ICAL

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.»

Por su parte la ICAL en su norma de valoración octava, en su apartado sobre los créditos y partidas a cobrar, establece que al menos a cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias, siempre que exista evidencia objetiva de que el valor de un crédito o e un grupo de créditos con similares características de riesgo valorados colectivamente, se ha deteriorado como resultado de uno o más

Siguiendo estos criterios la provisión por insolvencias o derechos pendientes de cobro de difícil o imposible recaudación debió ascender a 388 miles de euros por lo que el cálculo de la Comarca de la Ribagorza estaba infradotado en 284 miles de euros.

e) ***Provisiones para responsabilidades***

La Comarca no tenía dotada provisiones para hacer frente a responsabilidades procedentes de litigios en curso. Sin embargo el Ayuntamiento de Graus tenía interpuesto recurso contencioso administrativo en el que reclama a la Comarca 20 miles de euros correspondientes a las anualidades de 2011 a 2014 de un convenio firmado por la Comarca con el Patronato Municipal de Deportes. El procedimiento se encuentra suspendido para tratar de llegar a un acuerdo extrajudicial.

f) ***Deudas a corto plazo transformables en subvenciones***

El saldo de la cuenta 522, Deudas a corto plazo transformables en subvenciones, a 31 de diciembre de 2015 ascendía a 35 miles de euros. Sin embargo de acuerdo con la norma de reconocimiento y valoración 18, Transferencias y subvenciones del Plan General Contable Público de Administraciones Locales y según los cálculos realizados por la Cámara de Cuentas debió ascender a 214 miles de euros.

La citada norma de valoración 8ª establece que las subvenciones recibidas se reconocerán como ingresos por el ente beneficiario cuando exista un acuerdo individualizado de concesión de la subvención a favor de dicho ente, se hayan cumplido las condiciones asociadas a su disfrute y no existan dudas razonables

sobre su percepción, sin perjuicio de la imputación presupuestaria de las mismas. En los demás casos se considerarán reintegrables y se reconocerán como pasivo.

3. Conclusiones de la auditoría de cumplimiento de legalidad

El resultado de la fiscalización fue la emisión de una opinión de seguridad limitada, en la que se pusieron de manifiesto los incumplimientos significativos de la normativa aplicable de los que realizamos a continuación una síntesis de los aspectos más relevantes, si bien puede consultarse el informe íntegro en la página web de la Cámara de Cuentas de Aragón.

a) *Personal*

La fiscalización detectó una defectuosa planificación de los recursos humanos por los siguientes incumplimientos:

a) La Comarca no disponía de una relación de puestos de trabajo aprobada ni de otro instrumento análogo de ordenación del personal incumpliendo el art. 74 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 (EBEP) y el art. 90 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

b) No tenía constituido el Registro de personal, incumpliendo el art. 71 del EBEP.

c) De los 124 empleados de la Comarca, tan solo una plaza está reservada a personal funcionario siendo el resto personal laboral. Esta situación cuando menos dificulta el ejercicios de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o respecto de la salvaguarda de los intereses generales ya que el art. 9.2 del EBEP las reserva exclusivamente a funcionarios públicos.

Se detectó un caso particular relativo a la reincorporación de un empleado laboral fijo, de la que tomó razón la Presidencia de la Comarca, por la que se reconocieron al trabajador que reingresó dos complementos personales: el complemento previsto en el art. 87.3 del EBEP y el complemento personal transitorio del art. 34.4. del Convenio de aplicación al personal de la Comarca, sin concurrir, en el primero de los casos los requisitos establecidos en la legislación pública para su percepción, y en el segundo sin acreditarse su procedencia de acuerdo con los requisitos establecidos en el Convenio colectivo de aplicación.

Sobre la percepción del Complemento retributivo por desempeño de alto cargo, regulado en el art. 87.3 del EBEP y desarrollado en el art. 32 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas (vigente en 2015) y modificado por la disposición adicional duodécima de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, el complemento está previsto únicamente para los funcionarios de carrera y no para todo empleado público.

b) ***Incorrecciones en la actividad contractual***

En la gestión contractual, la fiscalización identificó incorreciones procedimentales en los dos contratos mayores formalizados en el ejercicio. Así:

a) No constata informe justificado y razonado de estimación del precio de los contratos.

b) En los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica recogidos en los pliegos de cláusulas administrativas no se fijaban los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos.

c) La fórmula para valorar la oferta económica permitía obtener puntuación a ofertas sin baja.

d) No constaba acreditación por los adjudicatarios de hallarse al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones tributarias.

e) Los pliegos de prescripciones técnicas regulaban aspectos propios del pliego de cláusulas administrativas particulares, en concreto las mejoras como criterios de valoración.

Adicionalmente a las anteriores, en el informe de fiscalización se detallan las incidencias detectadas de forma específicas en cada uno de los contratos analizados.

c) ***Incorrecciones sobre el área subvencional***

La fiscalización puso de manifiesto que la Comarca no publicó en el diario oficial correspondiente las subvenciones concedidas ni remitió a la base de datos nacional de subvenciones sobre las subvenciones concedidas.

Respecto a las subvenciones concedidas en concurrencia competitiva se detectaron las siguientes incidencias:

a) Las bases reguladoras no fueron aprobadas mediante una ordenanza ni fueron publicadas en el boletín oficial de la provincia.

b) Tampoco fue objeto de publicación el texto íntegro de la convocatoria.

c) No constaba la acreditación por los beneficiarios, con carácter previo a la resolución de la concesión y al pago, de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social.

Respecto de las subvenciones concedidas de forma directa se comprobó que:

a) No constaba certificado de existencia de crédito por el importe total de los expedientes.

b) En las subvenciones previstas nominativamente en el presupuesto no aparecían determinados el objeto de la subvención y/o el beneficiario y/o el importe, tal y como exige el art. 65.1 del Reglamento de subvenciones.

c) No constaba la acreditación por los beneficiarios, con carácter previo a la resolución de la concesión y al pago, de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social.

d) En nueve de las quince subvenciones analizadas la cuenta justificativa de los beneficiarios presentaba deficiencias graves o significativas

d) ***Morosidad***

El periodo medio de pago de las obligaciones comerciales ascendió a 129 días, incumpliendo por tanto el art. 4 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre y el art. 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

e) ***Estabilidad presupuestaria***

De acuerdo con los cálculos realizados por la Cámara de Cuentas, la Comarca incumplió el objetivo de estabilidad presupuestaria (en 52 miles de euros) y la regla de gasto (desviación de 114 miles de euros). Ello hubiera obligado a la Comarca a aprobar un plan económico-financiero, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 21 y siguientes de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

IV. FISCALIZACIÓN DE LA COMARCA DEL CAMPO DE BORJA. EJERCICIO 2015

1. Introducción

El Consejo de la Cámara de Cuentas de Aragón, en su sesión del 28 de enero de 2016, aprobó el Programa Anual de Fiscalización para el año 2016 en el que se incluía la fiscalización de regularidad; financiera y de cumplimiento de la Comarca del Campo de Borja con especial atención, de acuerdo a las prio-

ridades expresadas por las Cortes, a la financiación, a la actividad contractual (contratación de personal y de contratos de suministro) y a la gestión de subvenciones. Informe que fue aprobado por el Consejo en su reunión del 19 de febrero de 2018.

Los resultados de la fiscalización se presentaron de forma separada, como suele ser habitual, con la auditoría financiera por un lado y el cumplimiento de la legalidad por otro.

2. Conclusiones de la auditoría financiera

El resultado de la fiscalización fue la emisión de una opinión de seguridad razonable modificada con salvedades, concluyendo por tanto que las cuentas anuales de la Comarca de Campo de Borja expresaban, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la misma a 31 de diciembre de 2015, así como de su resultado económico y presupuestario correspondientes al ejercicio anual terminado en dicha fecha, de conformidad con el marco normativo de información financiera pública que le resultaba de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables y presupuestarios contenidos en el mismo, excepto por los posibles efectos de las limitaciones al alcance y los efectos de los hechos descritos en el fundamento de la opinión con salvedades (de las que a continuación se realiza una síntesis de las más significativas).

A. **Limitaciones**

La Comarca de Campo de Borja no disponía de información que acreditara la correcta valoración de los bienes inmuebles incluidos en el inventario, ya que la misma estaba basada en tasaciones periciales de las que no existía constancia documental.

B. **Incorrecciones**

a) *Procedimiento de gestión presupuestaria de las subvenciones*

Al igual que ocurrió en la Comarca de la Ribagorza, al entidad reconoció las obligaciones asociadas a la concesión de subvenciones en el momento de dictar el acuerdo de concesión de las mismas, sin que se hubiera acreditado documentalmente el derecho de los beneficiarios a la percepción de las subvenciones. Como consecuencia de ello el importe de las obligaciones reconocidas en el ejercicio 2015 estaba sobrevalorado en 66 miles de euros: debió disminuirse en 155 000 euros por obligaciones que debieron registrarse en 2016 e incremen-

tarse en 88 000 euros por subvenciones registradas en 2014 que correspondían a 2015.

b) ***Inmovilizado***

La Comarca no efectuó correctamente la dotación correspondiente a las amortizaciones del Inmovilizado según lo establecido en los apdos. 5 a 7 de la norma 1ª de reconocimiento y valoración del Plan General de Contabilidad Pública. Según los cálculos realizados por la Cámara de Cuentas la amortización acumulada debió incrementarse en 134 miles de euros.

c) ***Deudores por derechos reconocidos***

Se detectaron 47 miles de euros contabilizados de forma duplicada en la cuenta 4310, Deudores por derechos reconocidos de ejercicios cerrados.

d) ***Deterioro de valor de créditos***

El cálculo de los derechos pendientes de cobro considerados de difícil o imposible recaudación estaba infravalorado en al menos 52 miles de euros. Al igual que en el caso de la Comarca de la Ribagorza, la Comarca de Campo de Borja aplicó los porcentajes mínimos establecidos en el art. 193 bis del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, sin tener en cuenta los criterios establecidos en el art. 103 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril ni lo establecido en la Instrucción de Contabilidad de la Administración Local.

e) ***Deudas a corto plazo transformables en subvenciones***

El saldo de la cuenta 522, Deudas a corto plazo transformables en subvenciones, a 31 de diciembre de 2015 ascendía a 23 miles de euros. Sin embargo de acuerdo con la norma de reconocimiento y valoración 18, Transferencias y subvenciones del Plan General Contable Público de Administraciones Locales y según los cálculos realizados por la Cámara de Cuentas debió incrementarse en 243 miles de euros.

f) ***Acreedores por operaciones pendientes de aplicar a presupuesto.***

La cuenta 413, Acreedores por operaciones pendientes de aplicar a presupuestos, recoge las obligaciones derivadas de gastos realizados o de bienes y servicios recibidos que no han sido aplicados al presupuesto, siendo procedente dicha aplicación. A 31 de diciembre de 2015 el saldo debió haberse incrementado en 38 miles de euros, correspondientes a gastos por adquisiciones de bienes y

servicios realizados en 2015 y ejercicios anteriores que la Comarca registró en 2016.

3. Conclusiones de la auditoría de cumplimiento de legalidad

El resultado de la fiscalización fue la emisión de una opinión de seguridad limitada, en la que se pusieron de manifiesto los incumplimientos significativos de la normativa aplicable de los que realizamos a continuación una síntesis de los aspectos más relevantes, si bien puede consultarse el informe íntegro en la página web de la Cámara de Cuentas de Aragón.

a) *Personal*

La fiscalización detectó una defectuosa planificación de los recursos humanos por los siguientes incumplimientos:

a) La Comarca no disponía de una relación de puestos de trabajo aprobada ni de otro instrumento análogo de ordenación del personal incumpliendo el art. 74 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 (EBEP) y el art. 90 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

b) No tenía constituido el Registro de personal, incumpliendo el art. 71 del EBEP.

c) De los 60 puestos de trabajo de la Comarcal 47 estaban ocupados por personal con contrato temporal, de lo que 38 tenían una antigüedad superior a los a los tres años y de los cuales 25 fueron celebrados hace más de 10 años.

b) *Control interno*

El sistema de control interno realizado por la Intervención prestaba las siguientes debilidades:

a) La fiscalización previa limitada únicamente verificó la existencia de crédito adecuado y suficiente y a supervisar la competencia del órgano de contratación sin extenderse al resto de extremos previstos en las bases de ejecución del presupuesto. Adicionalmente la fiscalización plena posterior no se extendía sobre la totalidad de los contratos.

b) La función de control financiero no se extendió a la sociedad dependiente propiedad de la Comarca incumpliendo el art. 220 del Real Decreto Le-

gislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

c) ***Incorrecciones en la actividad contractual***

En la gestión contractual, la fiscalización identificó incorreciones procedimentales en los contratos mayores formalizados en el ejercicio. Así:

a) La Comarca no publicó la convocatoria de las licitaciones ni sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, incumpliendo la disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con el art. 334 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).

b) La Comarca recibió prestaciones en el ejercicio 2015 por 65 miles de euros sin sujetarse en su contratación al TRLCSP. En concreto recibió prestaciones por suministro de combustible por 27 miles de euros sin tramitar expediente de contratación y prestaciones por 38 miles de euros incumpliendo el artículo de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón que exige consultar, al menos, a tres empresas cuando el importe del contrato supere los 6 miles de euros.

d) ***Incorrecciones en la actividad subvencional***

La fiscalización puso de manifiesto que la Comarca concedió subvenciones en 2015 por importe de 319 miles de euros sin haber aprobado un plan estratégico de subvenciones incumpliendo el art. 6 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS). Adicionalmente la Comarca no remitió a la base de datos nacional de subvenciones información sobre las subvenciones concedidas incumpliendo el art. 20 de la LGS.

Respecto de las subvenciones concedidas de forma directa se comprobó que:

a) No constaba certificado de existencia de crédito por el importe total de los expedientes.

b) No constaba la acreditación por los beneficiarios, con carácter previo a la resolución de la concesión y al pago, de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social.

c) No constaba la fiscalización realizada por la Intervención del acuerdo de concesión incumpliendo el art. 9.4.d) de la LGS.

d) En el 70 % de los expedientes analizados ni la resolución de concesión de la subvención, ni en su caso el convenio determinaban de forma precisa el objeto de la subvención.

V. FISCALIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE CASPE. EJERCICIOS 2013- 2015

1. Introducción

El Consejo de la Cámara de Cuentas de Aragón, en su sesión del 28 de enero de 2016, aprobó el Programa Anual de Fiscalización para el año 2016 en el que incluyó, de acuerdo con las prioridades de las Cortes, una fiscalización de regularidad; financiera y de cumplimiento, sobre la Cuenta General del Ayuntamiento de Caspe del ejercicio 2015 y una fiscalización de cumplimiento de las áreas de contratación, subvenciones y del Ayuntamiento del periodo de 2013 a 2015. Informe que fue aprobado por el Consejo en su reunión del 23 de marzo de 2018.

Los resultados de la fiscalización se presentaron de forma separada, como suele ser habitual, con la auditoría financiera por un lado y el cumplimiento de la legalidad por otro, si bien en ambos casos el resultado fue la denegación de la opinión.

2. Denegación de opinión en la auditoría financiera

El auditor debe formarse una opinión fundamentada en la evidencia de auditoría, sobre si los estados financieros en su conjunto han sido preparados de conformidad con el marco de información financiera y/o presupuestaria aplicable. Esta opinión se expresa en un informe escrito en el que se describen las bases de dicha opinión y siempre contiene una de las siguientes opiniones

a) No modificada o favorable, que concluye que los estados financieros han sido preparados en todos los aspectos materiales de conformidad con la normativa contable vigente.

b) Modificada, que a su vez podrá ser favorable con salvedades, desfavorable o denegada

No modificada	Favorable
Modificada	Favorable con salvedades
	Desfavorable
	Denegada

El siguiente cuadro, que se recoge en la Guía práctica de fiscalización 1730 de los Órganos de Control Externo, explica muy sintéticamente cuando procede dar cada tipo de opinión:

Naturaleza del hecho que origina la opinión modificada	**Juicio del auditor sobre la generalización de los efectos o posibles efectos sobre los estados financieros**	
	Material pero no generalizado	Material y generalizado
Los estados financieros contienen incorrecciones materiales	*Opinión con salvedades*	*Opinión desfavorable o adversa*
Imposibilidad de obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada	*Opinión con salvedades*	*Denegación o abstención de opinión*

En la fiscalización del Ayuntamiento de Caspe se denegó la opinión ante la generalidad y materialidad de las limitaciones al alcance con las que se encontró el equipo auditor que imposibilitaron realizar las pruebas normales de auditoría.

Es decir que el equipo de fiscalización no fue capaz de obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada para poder realizar las tareas de fiscalización y consideró que los efectos sobre los estados financieros de cualquier incorrección no detectada podrían ser materiales y generalizados.

En el informe se realiza una enumeración de todas las limitaciones al alcance y de los incumplimientos detectados.

3. Denegación de opinión en la auditoría de legalidad

Todas las limitaciones que se plantearon en la auditoría financiera afectaron igualmente a los trabajos de revisión del cumplimiento de la normativa vigente, y se plantearon algunas adicionales, por lo que no se pudieron desarrollar los trabajos de fiscalización ni obtener evidencia adecuada y suficiente, por lo que se denegó igualmente la opinión.

ESTUDIOS

Servicios de movilidad colaborativa: modalidades y diferencias de régimen jurídico[1]

Eloísa Carbonell Porras

RESUMEN

La tecnología ha provocado la generalización de formas de relacionarse que antes se producían en un entorno muy cercano, familiar, para compartir bienes y productos infrautilizados, que genéricamente se identifica como economía colaborativa, y que ha encontrado en el transporte uno de sus ámbitos de mayor desarrollo. Se habla así genéricamente de movilidad y de transporte colaborativos para referirse a actividades muy diversas que responden a regímenes jurídicos muy distintos. En este estudio se intentan, primero, identificar qué servicios y las actividades se consideran manifestaciones del transporte colaborativo y, después, delimitar el régimen jurídico que resulta de aplicación a cada una de ellas. A tal finalidad es fundamental diferenciar entre las plataformas digitales que se limitan a prestar servicios de la sociedad de la información de aquellas que también intervienen en la prestación del servicio subya-

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional, *Las Entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea* (DER2016-74843-C3-1-R), del que soy Investigadora principal, que se integra en la Estructura de Investigación de la Universidad de Jaén con referencia EI_SEJ9_2019. También debe tenerse en cuenta el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid 931089, «Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa», en el que colaboro como miembro externo.

cente, es decir, del de transporte, pues, en este último caso, deberá respetarse la regulación que para cada tipo de servicio establece la legislación de ordenación de los transportes terrestres. La sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de diciembre de 2017 a propósito de Uber es clarificadora sobre esta cuestión.

Palabras clave: consumo colaborativo, economía colaborativa, movilidad colaborativa, mercado de transportes, servicios de taxis, arrendamiento con conductor.

ABSTRACT

Technology has led to the generalization of ways of relating –that were previously produced in a very close, family environment, to share goods and underused products–, which are generically identified as collaborative economy, and which has found in transport one of its areas of greatest development. The generic terms «collaborative transport» and «mobility» refer to very diverse activities which also respond to very different legal regimes. In this study we try, firstly, to identify which services and activities are considered manifestations of collaborative transport and, secondly, we delimit the legal regime that is applicable to each one of them. To this end, it is essential to differentiate between digital platforms that are limited to providing information to society from those that also intervene in the provision of the underlying service, that is, transport, since, in the latter case, these services must respect the regulation that for each type of service establishes the transportation ordinary law. The ruling of the Court of Justice of December 20, 2017 on the subject of Uber is very clarifying on this matter.

Keywords: collaborative consumption, sharing economy, collaborative mobility, transport market, taxi services, leasing with driver.

SUMARIO

I. MOVILIDAD COLABORATIVA: DELIMITACIÓN Y SERVICIOS QUE COMPRENDE. **1**. A propósito de la noción de movilidad colaborativa. **2**. Servicios y actividades incluidos en la movilidad colaborativa. **3**. Variedad de regímenes jurídicos de las actividades y servicios considerados como movilidad colaborativa. **II**. SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SERVICIOS DE TRANSPORTE: **1**. Los servicios de la sociedad de la información y servicios accesorios en general. **2**. La Directiva de Servicios no se aplica en el sector de los transportes. **3**. La naturaleza jurídica del servicio prestado por UberPop según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **A**. Planteamiento; **B**. La sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de diciembre de 2017. **III**. COMPARTIR UN MISMO VEHÍCULO DE FORMA SUCESIVA: EL ARRENDAMIENTO DE UN TURISMO SIN CONDUCTOR, Y DE OTROS VEHÍCULOS. **IV**. COMPARTIR UN COCHE POR ASIENTOS: BLABLACAR. **V**. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO

EN VEHÍCULOS TURISMO: ANÁLISIS DESDE LA IDEA DE MOVILIDAD COLABORATIVA. **1**. El servicio de taxi y el arrendamiento con conductor: principales diferencias en su régimen jurídico. **2**. El conflicto entre el taxi y el arrendamiento con conductor: una sintética explicación. **A**. La supresión de las limitaciones cuantitativas en el otorgamiento de las autorizaciones VTC y su restablecimiento. **B**. La oposición de la CNMC a cualquier medida restrictiva: la impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa de las normas reglamentarias. La posición del Tribunal Supremo. **C**. La respuesta del Gobierno: la aprobación de dos Reales Decretos-leyes. **3**. Un problema de ordenación del transporte, no de economía colaborativa. **VI**. BIBLIOGRAFÍA.

I. MOVILIDAD COLABORATIVA: DELIMITACIÓN Y SERVICIOS QUE COMPRENDE

1. A propósito de la noción de movilidad colaborativa

La movilidad colaborativa es una idea sumamente amplia y escasamente delimitada pues deriva de la suma de dos nociones con un alto grado de indeterminación como son la de movilidad y la de economía colaborativa. La movilidad hace referencia a la búsqueda del máximo aprovechamiento de los diferentes modos que permiten el transporte colectivo (tren, tranvía, metro, autobús y taxi...) e individual (automóvil, bicicleta, moto, a pie...), integrándolos de forma coordinada en las ciudades, teniendo en cuenta la protección del medio ambiente, la calidad de vida en las ciudades, la planificación y gestión de las infraestructuras...Se supera así la idea tradicional del transporte, que se limitaba a la ordenación del desplazamiento de personas y mercancías. En ese contexto interesa destacar que las instituciones europeas y nacionales defienden, entre otras cosas, el transporte público, el uso compartido del vehículo y los medios de transporte alternativos al desplazamiento en vehículos privados como la marcha a pie, en bicicleta, el uso de motocicletas y ciclomotores[2]. Más complicado es intentar ofrecer una

2 Sin perjuicio de anteriores documentos, el desarrollo de estos nuevos planteamiento se apoya en el Libro Verde, *Hacia una nueva cultura de la movilidad urbana*, de 25 de septiembre de 2007 –{SEC(2007) 1209} COM/2007/0551 final–, que tendrá continuidad en la Comunicación de la Comisión, *Juntos por una movilidad urbana competitiva y eficiente en el uso de los recursos* –COM(2013) 913 final–. En España, fueron las Comunidades Autónomas las primeras en incorporar este concepto amplio de movilidad urbana (con la Ley 9/2003, de 13 de junio, del Parlamento de Cataluña a la cabeza). A nivel estatal se aprueba la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que establece los principios y objetivos de la movilidad sostenible, e incluso preveía (Disposición adicional decimonovena) la aprobación de una Ley de movilidad sostenible, aunque, salvo error, el Gobierno nunca presentó el proyecto de

noción precisa de qué se entiende por economía colaborativa. Inicialmente hace referencia a la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar bienes y servicios que ya no son útiles o están infrautilizados y que, gracias a las nuevas tecnologías, dejan de desarrollarse en un entorno familiar o doméstico para ampliarse a la actual sociedad globalizada[3]. Esta idea pronto queda superada como muestra la Comunicación de la Comisión Europea, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, de 2016. Para la Comisión, la economía colaborativa comprende todos los modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante aplicaciones tecnológicas, que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios que implican a tres categorías de sujetos: primera, a los prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias y pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); segunda, a los usuarios de dichos servicios; y, tercera, a los intermediarios que, a través de aplicaciones y platafor-

ley. En lo esencial, se trata de fomentar los medios de transporte de menor coste social, ambiental y energético con la elaboración de planes de movilidad sostenible que son el «conjunto de actuaciones que tienen como objetivo la implantación de formas de desplazamiento más sostenibles en el ámbito geográfico que corresponda, priorizando la reducción del transporte individual en beneficio de los sistemas colectivos y de otros modos no motorizados de transportes y desarrollando aquellos que hagan compatibles crecimiento económico, cohesión social, seguridad vial y defensa del medio ambiente, garantizando, de esta forma, una mejor calidad de vida para los ciudadanos» (art. 101). Puede verse CARBONELL PORRAS, E.: «Transporte urbano y movilidad», en *Tratado de Derecho Municipal*, 2011, II, pp. 2275-2345; y «La movilidad sostenible urbana, un planteamiento integral del desplazamiento de personas y cosas en las ciudades», en *Ciudad y movilidad. La regulación de la movilidad urbana sostenible*, 2014, pp. 91 y ss.

3 Esta es la idea original de Botsman y Rogers, autores en 2010 del libro *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption,* considerado como la primera exposición del fenómeno, que es la defendida por el Consejo Económico y Social o el Comité de las Regiones. de la Unión Europea. Como señala PIZARRO NEVADO, R.: «El régimen jurídico-administrativo del consumo colaborativo general», en *Régimen jurídico del consumo colaborativo*, 2019, la idea inicial de consumo colaborativo, que se caracteriza por el aprovechamiento intensivo de los avances de la tecnología de la información para intercambiar y compartir bienes o servicios, se supera por la más amplia noción de economía colaborativa. Así, Adigital, la Asociación Española de Economía Digital en su estudio *Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales*, de 17 de marzo de 2017, pone de manifiesto que en la actividad que se desarrolla a través de una plataforma digital hay que diferenciar la economía colaborativa, la economía bajo demanda y la economía de acceso. Un análisis más detenido de estos documentos, puede verse en CARBONELL PORRAS, E.: «Economía colaborativa: aproximación a una noción confusa», en *Los nuevos desafíos del Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor José Manuel Sala Arquer* (en prensa).

mas en internet, conectan a los anteriores y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Los modelos de negocio que pueden establecerse son de consumidor a consumidor (C2C), de consumidor a consumidor, pero a través de negocio (C2B), de negocio a consumidor (B2C) y de negocio a negocio (B2B)[4]. También la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acoge ese concepto amplio, que «engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten de forma innovadora activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet»[5]. En todo caso, el elemento común a todos los modelos es la existencia de las aplicaciones informáticas que permiten el establecimiento de las relaciones; son las plataformas digitales de doble cara, que conectan a los demandantes y oferentes de un bien o servicio, aunque con numerosas variantes en su financiación[6].

De acuerdo con lo anterior, la movilidad colaborativa o el transporte colaborativo son expresiones que hacen referencia a las diversas formas de articular el desplazamiento de personas y mercancías por el territorio con apoyo en las nuevas tecnologías, empleando aplicaciones informáticas para móviles y tabletas[7].

4 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de junio de 2016, COM(2016) 356 final {SWD(2016) 184 final}.

5 *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa,* de marzo de 2016, E/CNMC/004/15,

6 Las plataformas pueden ser gratuitas para todos sus usuarios, financiándose con la publicidad; gratis sólo para algunos usuarios de uno y otro lado; gratuitas para algunos de los servicios que ofrecen pero no para otros... y además son frecuentes los cambios entre las diferentes opciones en un margen temporal reducido. Por todo esto, como ha señalado el premio Nobel de Economía, Jean Tirole (*La economía del bien común*, 2017, pp. 410 y ss.) constituyen un reto para el derecho de la competencia y para el regulador, que deben atender a las dos caras de un mercado cambiante.

7 Pueden verse, entre otros, *La regulación del transporte colaborativo*, 2017; DOMENECH PASCUAL, G.: «La regulación de la economía colaborativa (el caso «Uber contra el taxi»)», *CEFLEGAL*, 175-176 (2015), pp. 61-104; y «El impacto de la economía colaborativa sobre la regulación del taxi», en *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, 2015, pp. 37 y ss.; ARMENGOL I GASULL, O. / OLMOS CASTRO, N.: «El impacto de la economía colaborativa en el transporte interurbano: un análisis jurídico del *ride sharing*»; y DOMENECH PASCUAL, G.: «La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC», ambos en *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, 2017, pp. 327 y ss., 351 y ss., respectivamente; y CONTRERAS DELGADO DE COS, J.M. / SILOS RIBAS, M. / SOBRINO

De hecho, en el nacimiento y consolidación de la economía colaborativa ha sido clave una plataforma digital en el sector del transporte, que es Uber. Surge en 2009 como una aplicación digital descargada en el móvil, que permite a los particulares ofrecerse como conductores con sus propios automóviles para recoger y llevar a otros particulares al lugar de su elección. Por eso no es casual que se hable de la «uberización» de la economía, de la *uber economy* para identificar estos nuevos modelos de negocio[8]. Buena prueba de ello es que corresponde al transporte el 62 % de la inversión en plataformas de economía colaborativa a nivel mundial en el periodo 2000-2015, seguido por el alojamiento con el 18 %, y Uber ha sido la plataforma digital con mayor inversión (6315 millones de dólares), seguida de Didi Kuaidi con 4367 millones de dólares, que es la compañía resultante de la fusión, en febrero de 2015, de las dos mayores plataformas chinas de servicio de taxis, y por otras dos también del sector transportes como son BlaBlaCar y Lyft[9]. No obstante, como tendremos ocasión de comprobar, no todas las plataformas que se han considerado como de movilidad colaborativa lo son realmente[10].

2. Servicios y actividades incluidos en la movilidad colaborativa

La movilidad colaborativa abarca actividades y servicios muy diferentes que tienen en común su relación con el desplazamiento de personas y cosas por el territorio y el empleo de nuevas tecnologías. Este dato es particularmente relevan-

RUIZ, M.: «La economía colaborativa en los sectores regulados (III). Transporte de viajeros», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, 2017, pp. 309 y ss.; OLMEDO PERALTA, E.: «Liberalizar el transporte urbano de pasajeros para permitir la competencia más allá de taxis y VTC: una cuestión de política de la competencia», *REE,* 70 (2017), pp. 261 y ss.; GUILLÉN NAVARRO, N.A.: «El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa», *REALA*, 9 (2018), pp. 128 y ss.; y SOBRINO RUIZ, M.: «Economía colaborativa y transporte: el caso de la movilidad urbana», *RGDSR*, 2 (2018).

8 Se suele explicar el consumo colaborativo partiendo de la movilidad colaborativa porque es uno de los sectores donde ha tenido mayor impacto al ser los servicios que presentan una barrera de entrada menor. Vid. CAÑIGUERAL BAGO, A.: *Vivir mejor con menos. Descubre las ventajas de la nueva economía colaborativa*, 2014, p. 53.

9 La CNMC, en su estudio de 2016, pone de manifiesto que, de las cinco principales plataformas de economía colaborativa por volumen de inversión recibida, cuatro pertenecen al sector del transporte; la quinta es Airbnb, que se dedica al alojamiento.

10 Puede verse CARBONELL PORRAS, E.: «Movilidad colaborativa y servicios de transporte de personas: un análisis desde el Derecho Administrativo», en *Régimen jurídico del consumo colaborativo*, 2019.

te pues las plataformas digitales y las aplicaciones para móviles han posibilitado la aparición de nuevos modelos de relación que, además, están en continua evolución. Los documentos y estudios al respecto recurren a diversos anglicismos para distinguir los diversos modelos de negocio que, en lo esencial, diferencian dos grandes bloques, según se utilice el vehículo con el que se realiza el desplazamiento de forma simultánea o sucesiva; a su vez cada bloque incluye diversas modalidades, que seguidamente se intentan sistematizar.

El primer bloque consiste en compartir el instrumento que permite el desplazamiento, en especial el automóvil (*carsharing*), que es utilizado por varios usuarios de forma sucesiva (vehículo multiusuario) y comprende las siguientes variantes fundamentales:

a) plataformas en las que las empresas, propietarias de una flota de automóviles, los ofertan para ser alquilados por horas o minutos (*carsharing business-to-consumer*, *B2C*). La actividad es similar al tradicional alquiler de coches, pero sus posibilidades se potencian enormemente gracias a la tecnología: el conductor se registra en la plataforma, que le facilita una aplicación de móvil con la que localizar el coche y abrirlo (la llave para arrancarlo suele encontrarse en la guantera) y desplazarse hasta donde desee dentro de un radio de acción predeterminada. Este es el modelo de Car2Go en Madrid, que funciona con coches eléctricos y factura 0,21 euros por minuto. También Avancar, Respiro o BlueMove se autodefinen como empresas de *carsharing*, pero el tiempo mínimo de reserva es de una hora (con precio variado según sea la frecuencia de uso) y el coche se recoge y devuelve en su ubicación inicial.

b) Plataformas en las que son los propietarios de los vehículos los que los ponen a disposición de otros conductores (*carsharing peer to peer, P2P*). La aplicación permite el contacto entre propietarios y conductores pero la entrega de llaves y vehículo se realiza en mano, favoreciendo la confianza necesaria en este modelo de negocio. En España ha sido SocialCar, que comenzó en Barcelona en 2011, la empresa pionera en ofrecer este servicio de mediación, permitiendo que los propietarios ofrezcan sus vehículos y los conductores los localicen y concierten una cita para la entrega y la cumplimentación del contrato de arrendamiento. SocialCar interviene, por tanto, como mero intermediario, solucionando cualquier incidencia y asumiendo el cobro al conductor por la cuantía fijada por el propietario, ingresándola en su cuenta una vez deducida su comisión.

c) Plataformas que ponen en contacto a vecinos que pueden decidir comprar conjuntamente un vehículo para compartirlo («el coche del barrio»). Se trata de una solución hibrida entre las dos anteriores que se está poten-

ciando desde los propios concesionarios, que venden el vehículo con la aplicación que permite al comprador compartirlo con concretos conductores, que pagarán por el uso que realicen[11]. Una muestra de este modelo la ofrecen los concesionarios de los automóviles Mini en Madrid[12].

También pueden compartirse otros vehículos distintos del coche como la bicicleta, la moto y cualquier otro aparato apto para la circulación y que permita a las personas desplazarse por las vías urbanas. El más conocido es el sistema de uso de bicicletas, y de bicicletas con motor, localizadas en aparcamientos distribuidos por la ciudad utilizando una aplicación informática para todos los trámites, que lleva años funcionando en muchas ciudades. En la actualidad se están extendiendo aplicaciones similares para motos eléctricas (*motosharing*, *scooter sharing*) como Muving, Nobot...; para patinetes eléctricos, como Jetscoot, Lime, Bbuho; e incluso para los *segway* que hasta ahora han sido utilizados con fines turísticos, y no como un medio de desplazamiento habitual.

El segundo bloque hace referencia a la ocupación del vehículo, rellenado los asientos vacíos (*carpooling*), compartiéndolo, por tanto, de forma simultánea. La plataforma conecta a conductores para ocupar los asientos de su vehículo con pasajeros que coinciden en sus necesidades de desplazamiento. El conductor oferta en la plataforma las características de su viaje (trayecto, día, horario, posibilidad de llevar maleta, lugar de recogida y de dejada, número de plazas disponibles...) para que los potenciales interesados contacten con él, y compartan el viaje y los gastos. De este modo se incrementa la eficiencia en el uso del coche privado, y se abarata el coste del desplazamiento. Las plataformas, que cobran una comisión por actuar como intermediarias y facilitar el contacto, especifican que sólo se puede compartir el gasto del trayecto sin incluir ningún tipo de retribución para el conductor.

11 En realidad, este modelo y el anterior pueden aproximarse. Señala CAÑIGUERAL BAGO, A.: *Vivir mejor...*, *cit.*, p. 61, que «Mar Alarcón, fundadora de SocialCar, me comenta que además del hecho de consumir de una manera más racional y eficiente, los usuarios de la plataforma también están muy motivados por el sentimiento de ayuda mutua. Resulta habitual que un conductor alquile de manera regular un coche al mismo propietario, por lo que se establece una relación de amistad entre ellos».

12 Se adquiere un mini en los concesionarios oficiales (inicialmente sólo en Madrid) con la aplicación instalada (en vehículos fabricados después de marzo de 2018) con un coste de 99 euros. El propietario selecciona a diez conductores con los que compartirlo. La aplicación muestra el calendario con la disponibilidad del mini, donde se encuentra y permite al conductor que lo haya reservado (y el propietario haya aceptado) abrirlo, arrancarlo y cerrarlo, y crea el informe con todos los datos del trayecto realizado, calculando el precio a 0,30 euros kilómetro que se abonará por PayPal. Puede contratarse el seguro complementario en la propia plataforma o con cualquier otra compañía [https://sharing.mini.es].

Se considera como una variante del anterior modelo que el conductor ofrezca su vehículo para llevar a otra persona al lugar de su elección (*ridesharing*), aunque, en mi opinión, existen diferencias sustanciales. No se trata de rellenar los asientos disponibles con personas que tienen las mismas necesidades de desplazamiento, pues el lugar de recogida y el de destino lo determina el pasajero, no el conductor, que se limita a aceptarlo por la ganancia que obtendrá. En el primer caso, no hay retribución personal al conductor, que sólo se beneficia del menor coste del desplazamiento que tenía que realizar al compartir los gastos; en el segundo, el conductor se desplaza a recoger al pasajero y lo transporta, luego se trata de un servicio a demanda por el que obviamente se cobra. En todo caso, para el Derecho español, se trata de la distinción entre transporte privado y transporte público, que se aplicará al conductor y, en su caso, a la plataforma digital que permite el contacto en atención a la intensidad de su intervención en la prestación del servicio de transporte. Sobre todo ello volveremos con posterioridad al analizar el régimen jurídico aplicable a dos de las plataformas más conocidas como son Uber y BlaBlaCar.

En este sector, que hemos denominado genéricamente como movilidad colaborativa, están continuamente surgiendo plataformas digitales que ofrecen nuevas formas de compartir. Por ejemplo, Ntaxi o JoinUpTaxi posibilitan que una persona solicite y reserve un taxi con la opción de compartir el trayecto y destino con otros potenciales usuarios, repartiendo el coste del servicio entre todos ellos; SocialCar también pone en contacto a personas interesadas en compartir el aparcamiento de sus vehículos. También existen plataformas que posibilitan localizar viajeros para compartir las tarifas más económicas en los transportes públicos (como las mesas para cuatro pasajeros en los trenes de alta velocidad), o revender los billetes que no se van a utilizar. Sirva como muestra Truecalia, que es una plataforma con una doble función: por un lado, actúa como intermediaria en la venta y compra de billetes de tren sin que cobre por este servicio ni asuma responsabilidad alguna. Son los usuarios los que deben ponerse de acuerdo en las condiciones de la transacción y el pago, que no se realiza en el portal sino con los medios y formas que comprador y vendedor acuerden; y, por otro lado, también oferta el servicio de compra y venta de los billetes y, en tal caso, asume todos los servicios de gestión (cambio, reventa, anulación...), como corresponde a las agencias de viajes, que son las que asumen la actividad de mediación en la contratación del transporte de viajeros.

También en el transporte de mercancía han comenzado a funcionar plataformas digitales, definidas como colaborativas, en las que se relacionan los transportistas y quienes tienen necesidad de transportar sus mercancías o enseres. Como en el transporte de viajeros su régimen jurídico dependerá de la con-

creta actividad que realicen, si se limita a posibilitar el contacto o también interviene en el transporte[13].

3. Variedad de regímenes jurídicos de las actividades y servicios considerados como movilidad colaborativa

Las actividades y servicios que se consideran manifestaciones de movilidad colaborativa son, como hemos visto, muchas y variadas, aunque esta calificación aporta poco en cuanto a su régimen jurídico; a lo sumo nos indicaría que existe una plataforma digital (que no siempre es de doble cara) pero este hecho no debería considerarse suficiente para alterar la naturaleza jurídica del servicio ni excluir la aplicación de la normativa que en cada caso proceda. Y este es un problema común a todos los ámbitos de la economía colaborativa que no puede ignorarse. Me parece claro que hay que diferenciar el régimen jurídico de la plataforma digital, de las relaciones que entablan con ella los demandantes y usuarios de los servicios y el que resulta de aplicación a la prestación efectiva del servicio por el sujeto que lo asume y su relación con el que lo recibe. Para el Derecho no son iguales ni tienen las mismas consecuencias las relaciones que establecen ciudadanos que deciden compartir sus bienes y servicios sin una finalidad profesional, sin otro interés económico que mejorar la eficacia en su uso, como tradicionalmente se ha hecho en un entorno familiar y doméstico, que las relaciones que surgen en el ejercicio de actividades profesionales, se realicen por un sujeto como autónomo o por una compleja estructura empresarial. Cuando se persigue obtener un lucro profesional el régimen jurídico debe ser el mismo se empleen

13 Por ejemplo, Furgo se define como una plataforma de encuentro entre profesionales del mundo del transporte y personas que tienen necesidad de realizar envíos que se anuncian e intercambian información, pero declara que no asume las funciones de intermediación en el transporte de mercancías. Otras plataformas dedicadas al transporte de mercancías son Driveer, Click & Truck, Toma & Go y GOI. El régimen jurídico de estas plataformas depende, como las dedicadas al transporte de viajeros, del servicio que prestan, es decir, si se limitan a un servicio de la sociedad de la información o también de transporte. Al respecto deberá estarse, además de al régimen de ordenación establecido en la LOTT y el ROTT, a lo previsto en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, que, entre otras cosas, dedica especial atención a los sujetos que intervienen en la realización del transporte de mercancías. También habría que analizar el régimen de las plataformas de reparto de comida a domicilio como Deliveroo, Glovo o JustEat, que permiten que los clientes registrados soliciten alimentos a restaurantes también registrados, que son transportados por un repartidor desde el restaurante al domicilio o lugar de trabajo solicitado, y que el cliente paga a través de la plataforma. Por otra parte, cabe combinar el empleo de diversas plataformas de movilidad. Así, por ejemplo, los repartidores de comida a domicilio pueden no disponer de un vehículo propio, y utilizar los disponibles en préstamo en la ciudad.

los medios tradicionales de relación o se utilicen las nuevas tecnologías. En este segundo caso será necesario indagar cuál es la actividad efectivamente realizada por la plataforma y/o a través de ella para determinar su auténtica naturaleza. Pero que sea más difícil concretar la naturaleza jurídica de una actividad no puede convertirse en una excusa para inaplicar las normas generales sobre protección de los consumidores, las garantías laborales de los trabajadores, el régimen de responsabilidad empresarial, la protección de las reglas de la competencia, la forma de tributar... Como ha puesto de relieve Laguna de Paz, los servicios de idéntica naturaleza deben estar sujetos al mismo régimen jurídico aunque se empleen las nuevas tecnologías, y sin perjuicio de que sea necesario determinar si la regulación existente es suficiente o es preciso adaptar la normativa para hacer frente a nuevos problemas[14]. Para ello es imprescindible diferenciar el servicio que presta la plataforma digital de la relación jurídica que se establece entre el prestador del servicio de transporte y el que lo recibe[15].

Sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá, debe tenerse en cuenta que la prestación de servicios de transporte está sujeta al régimen jurídico general que se establece, además de en el Derecho europeo, en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 septiembre (ROTT). Estas normas son de aplicación a los transportes por carretera de competencia estatal, que son los que discurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, sin perjuicio de que algunos de sus preceptos sean de general aplicación. No obstante, hay que tener en cuenta la Ley Orgánica 5/1987, de 30 julio, de delegación de facultades

14 «El papel de la regulación en la llamada economía colaborativa», *REE*, 70 (2017), pp. 164 y ss., que se refiere a las plataformas BlaBlaCar y Uber como ejemplo de las dificultades para identificar la auténtica actividad realizada. Con esta intención, PERTÍÑEZ VILCHES, F.: «Las plataformas digitales de conexión entre pasajeros y conductores y su influencia en la organización de la prestación del servicio de transporte (o por qué puede ser distinto el caso «Uberpop» y el de «BlaBlaCar»)», *eXtoikos,* 19 (2017), p. 21, ha señalado que «el jurista no debe caer en la trampa de sustraer de determinados ámbitos del ordenamiento jurídico ciertas actividades económicas por el mero hecho de que los agentes que las promueven las califiquen bajo la fórmula puramente descriptiva de la economía colaborativa».

15 La necesidad de diferenciar las plataformas según ofrezcan servicios particulares o profesionales ha sido especialmente señalada por VÁZQUEZ RUANO, T.: «Economía colaborativa y el transporte de personas», *CIRIEC*, 31 (2017), p. 5; MIRANDA SERRANO, L.Mª: «Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales», *REE*, 70 (2017), p. 210; VELASCO SAN PEDRO, L.A.: «El transporte colaborativo *hi et nunc*», *REE*, 70 (2017), p. 410, y «El consumo colaborativo en el transporte de personas», en *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, 2015, pp. 193 y ss.

del Estado en las Comunidades Autónomas, que ha permitido que estas ejerzan la mayoría de las funciones estatales respecto de los transportes de competencia del Estado. Las Comunidades Autónomas han aprobado sus propias normativas para regular los transportes que se realizan en el territorio autonómico, que obviamente comprende los de carácter urbano[16]. Los municipios son competentes respecto de los transportes urbanos, que son aquellos que discurren dentro del término municipal, que es el ámbito territorial que delimita las competencias de los Municipios[17]. Por otra parte, los Municipios también cuentan con relevantes competencias en materia de tráfico y circulación, regulando mediante ordenanza los usos de las vías urbanas, así como la ordenación, gestión, vigilancia y disciplina del tráfico. Y estas competencias son especialmente relevantes en algunas de las nuevas actividades que se incluyen en la idea de movilidad colaborativa como tendremos ocasión de comprobar.

II. SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SERVICIOS DE TRANSPORTE

1. Los servicios de la sociedad de la información y servicios accesorios en general

De acuerdo con la normativa comunitaria y nacional, un servicio de la sociedad de la información es todo servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Se entenderá que es a distancia, el prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; por vía electrónica, el servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético; y a petición individual de un destinatario de servicios, el servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual[18]. A efectos de este estudio, interesa recordar que la presta-

16 Un análisis detenido del reparto de competencias en esta materia puede verse en QUINTANA LÓPEZ, T. / CASARES MARCOS, A.B.: «La distribución de competencias en materia de transporte terrestre entre Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales», en *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y ferrocarril,* I, pp. 489-583.

17 Con más detalle en CARBONELL PORRAS, E.: «Transporte urbano y movilidad», en *Tratado de Derecho Municipal*, 2011, II, pp. 2275 y ss.; «El transporte público de viajeros», en *Las competencias locales*, 2007, pp. 283 y ss.; y CANO CAMPOS, T.: *Los transportes urbanos*, 2006.

18 Art. 1 de la Directiva (UE) 2015/1535, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de re-

ción de estos servicios no está sujeta a autorización administrativa, aplicándose el principio de libre prestación de servicios sin más restricciones que las que excepcionalmente puedan establecerse por motivos tasados como el orden público, la seguridad ciudadana, la protección de la salud o de los consumidores. Por lo tanto, las plataformas digitales que prestan servicios de la sociedad de la información (al margen de que se califiquen o no como de economía colaborativa) están amparadas por dicha libertad con carácter general y sin perjuicio de los regímenes autorizatorios que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica del servicio (art. 6 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico)[19].

Lo relevante es determinar si una plataforma digital se limita a prestar un servicio de la sociedad de la información o presta otros servicios añadidos que, en su caso, sí pueden estar sujetos a autorización previa u otra medida de intervención pública. Como se indicó, el régimen jurídico de estos servicios debe ser el mismo se emplee internet o los medios tradicionales. Para la Comisión Europea existen tres criterios que son claramente indicativos de que la plataforma ejerce una influencia significativa sobre el prestador del servicio subyacente: que fije el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente, que establezca condiciones contractuales clave (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestarlo) y que la plataforma posea los activos clave para la prestación del servicio subyacente. Este análisis deberá efectuarse caso por caso para determinar el nivel de control o influencia de la plataforma colaborativa sobre el prestador del servicio[20].

En definitiva, que una plataforma digital se autodefina como de economía colaborativa y defienda que sólo presta un servicio de la sociedad de la informa-

glamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, que deroga la Directiva 98/34/CE. La definición de servicio de la sociedad de la información no ha cambiado y resulta aplicable también a la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Esta última se ha incorporado al ordenamiento jurídico español por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

19 Puede verse, en general, ALFONSO SÁNCHEZ, R.: «La controvertida cuestión regulatoria en la economía colaborativa», y VALERO TORRIJOS, J.: «La intervención administrativa en la economía colaborativa desde la perspectiva de los servicios de la sociedad de la información», ambos en *Retos jurídicos...*, *cit.*, pp. 137 y ss., 199 y ss., respectivamente.

20 Vid. *Una agenda..., cit.,* pp. 6-7.

ción, no debe impedir comprobar cuál es la actividad que real y efectivamente realiza. Y este dato es imprescindible para analizar el régimen de las plataformas digitales en el transporte de viajeros, teniendo en cuenta además el peculiar régimen jurídico comunitario de los servicios en este ámbito de la acción pública.

2. La Directiva de Servicios no se aplica en el sector de los transportes

Desde el Tratado de Roma el transporte es el único sector relacionado con la noción de servicio público como prueba el Reglamento (CE) núm. 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. Por esta razón, el art. 2.2.d) la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, dispone que no es aplicable a los servicios en el ámbito del transporte sujetos a lo previsto en el Título VI del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Título V, TCE), que son los realizados por ferrocarril, carretera y vías navegables según el art. 100 TFUE (art. 80, TCE). El considerando 21 de la Directiva de Servicios aclara que esta exclusión comprende los servicios de transporte de carácter urbano, los taxis y las ambulancias, pues también desplazan por el territorio a las personas, incluidas las enfermas, pero sí resulta de aplicación a otros servicios vinculados con el transporte pero que no suponen la prestación de un servicio de transporte como son el alquiler de vehículos o las agencias de viaje[21].

En coherencia con la Directiva, el art. 2.2.d) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, excluye su aplicación a «los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los transportes urbanos». Por su parte, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, adapta la normativa nacional respec-

21 Lo reconoce expresamente el considerando 33 de la Directiva. Por su parte el *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, elaborado por los servicios de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios y disponible en la página web del Sistema de Información del Mercado Interior de la Comisión Europea, Luxemburgo, 2007, p. 12, precisa que la exclusión no comprende servicios que no son propiamente de transporte, como los prestados por autoescuelas, empresas de mudanzas, de alquiler de automóviles, funerarias o de fotografía, que sí quedan sujetos a la Directiva. Me parece razonable que estos servicios sí queden incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, aunque a mi juicio resulta evidente que una empresa de mudanzas, además de otras prestaciones, realiza un servicio de transporte de mercancías.

to de aquellos servicios que no son propiamente de transporte y, en consecuencia, sí quedan sujetos a la Directiva. De los diferentes cambios que introduce la Ley 25/2009 es de especial trascendencia para este estudio la reforma respecto del arrendamiento de vehículos, pues se liberaliza el realizado sin conductor; y el efectuado con conductor pasa a considerarse una modalidad de transporte público discrecional sujeta a autorización administrativa[22]. Pero la Ley 25/2009 también suprimió la habilitación legal para que la Administración impusiera límites y condiciones en el acceso al mercado del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias, y en concreto estableciera cupos en el otorgamiento de autorizaciones[23]. De esta forma, las restricciones en el número de autorizaciones de transporte público que podían fijarse dejaron de tener cobertura legal lo que afectó significativamente a las autorizaciones de vehículos de arrendamiento con conductor como veremos con posterioridad.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado que los servicios en el ámbito del transporte excluidos de la aplicación de la Directiva de Servicios comprenden «no sólo toda actividad física de desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro por medio de un vehículo, aeronave o embarcación, sino también cualquier servicio ligado a dicha actividad de forma inherente»[24].

Por lo tanto, la prestación de servicios de transporte no se rige por la libre prestación de servicios sino por la propia normativa reguladora del sector y, a tal finalidad, será preciso determinar cuál es el servicio que realmente prestan las plataformas digitales consideradas de transporte colaborativo. Así ha tenido ocasión de señalarlo el Tribunal de Justicia respecto de Uber como seguidamen-

22 Sobre esta reforma, puede verse CARBONELL PORRAS, E.: «Directiva de servicios y transportes terrestres», *RArAP* (2010), pp. 591-615; así como BOTELLA CARRETERA, J.: «El servicio de auto-taxis y los recientes desarrollos normativos de ámbito autonómico: análisis, critica y perspectivas», en *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y ferrocarril*, 2014, II, pp. 434 y ss.; y TARRÉS VIVES, M.: «La «Ley ómnibus», el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor», en *El impacto de la Directiva servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, 2012, pp. 300 y ss.

23 Se eliminaron los arts. 49 y 50 LOTT dedicados, respectivamente, a establecer los supuestos en los que la Administración podía adoptar medidas de restricción y condicionamiento del acceso al mercado del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias, y a fijar las diversas medidas limitativas de acceso al mercado del transporte y modalidades de su establecimiento como he estudiado en CARBONELL PORRAS, E.: *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, 1993, pp. 360-368.

24 STJUE, sala segunda, de 15 de octubre de 2015 (asunto C-168/14) que resolvió una decisión prejudicial en relación con la inspección técnica de vehículos.

te se expone, y los criterios generales que establece el Tribunal permitirán también analizar la naturaleza jurídica de la actividad desempeñada por otras plataformas digitales de movilidad colaborativa como BlaBlaCar, que intermedia en la realización de transportes privados, o MyTaxi, que conecta a taxistas legalmente autorizados y usuarios.

3. La naturaleza jurídica del servicio prestado por UberPop según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A. Planteamiento

Uber, como se indicó, comenzó a funcionar en California como una plataforma digital que ponía en contacto a conductores, previamente registrados, que acudían con su propio vehículo a recoger a viajeros para llevarlos al lugar de destino de su elección, cobrando una retribución por el servicio prestado (primero, UberCab y después, UberPop). Pronto se extiende por todo el mundo y amplía sus servicios al transporte de mercancías, con UberRush, y de alimentos, con UberEats, y también es intermediaria entre los conductores y empresas de alquiler y leasing de vehículos (Ubermarketplace). En la actualidad Uber Technologies es una multinacional compleja, con sede en San Francisco, titular de la marca Uber y del dominio de internet Uber, con diversas plataformas relacionadas con la movilidad, entre ellas, UberPop dedicada al transporte de viajeros. Su filial Uber International Holding es una sociedad de Derecho holandés que gestiona la plataforma en la Unión Europea. En Barcelona está domiciliada Uber Systems Spain que, según ha alegado, se limita a realizar la publicidad por cuenta de Uber BV. Desde su nacimiento ha sido cuestionada desde frentes diversos en distintos países, también en el nuestro[25]. En España

25 Las críticas en España se han centrado principalmente en su régimen tributario, la competencia desleal y el derecho laboral. Pueden verse, entre otros, *Fiscalidad de la economía colaborativa: especial mención a los sectores de alojamiento y transporte*, 2017; FALCÓN Y TELLA, R.: «La tributación de Uber (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares)», *QF*, 13 (2014); y MACHANCOSES GARCÍA, E.: «Economía de plataforma en los servicios de transporte terrestre de pasajeros: Retos tributarios de la imposición directa sobre el usuario y la plataforma», *QF*, 15 (2017), y «La fiscalidad del transporte colaborativo. Clasificación de los modelos y sus efectos jurídicos desde la óptica tributaria», en *La regulación..., cit.*, pp. 223 y ss. También GÓRRIZ LÓPEZ, C.: «Competencia desleal de Uber en España», en *La regulación..., cit.*, pp. 153 ss.; y «Reflexiones sobre Uber a propósito de la decisión de la Court of Appeals for the Seventh Circuit», en *RDT*, 19 (2017), pp. 232 y ss.; y LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: «Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (*carpooling* y *car sharing*): entre la economía colaborativa y la competencia desleal)», *RDM*, 296 (2015), pp. 283 y ss. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. / MERCADER UGUINA, J.R.: «La prestación de servicios en las plata-

comenzó a funcionar en 2014, conectando a conductores y usuarios, que pagaban en la plataforma por el servicio recibido. Los vehículos y sus conductores eran particulares que actuaban al margen de la normativa general de ordenación del transporte terrestre, lo que provocó la reacción de las asociaciones de taxistas, que presentaron denuncias por competencia desleal en Madrid y Barcelona, que eran las dos ciudades españolas en las que había comenzado a operar. El Juzgado de lo Mercantil de Madrid suspendió cautelarmente sus actividades, y el de Barcelona optó, además, por plantear la decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que se pronunciara sobre la actividad desarrollada por Uber, y determinará si los servicios que presta deben considerarse servicios de transporte, servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos tipos[26]. Lógicamente las respuestas a estas cuestiones constituyen la clave para analizar cuál debe ser el régimen jurídico aplicable a Uber en la Unión Europea. El Comité Económico y Social Europeo, en «La economía colaborativa y la autorregulación», pone de manifiesto la escasa trasparencia del modelo de negocio de Uber y los problemas para su caracterización: ofrece servicios de vehículos particulares (UberPop), pero también con conductores profesionales (Uberblack y UberX, más cercanos al servicio tradicional de taxi)[27]. Por eso, el Comité considera imprescindible la

formas digitales: los casos de BlaBlaCar y Take Eat Easy», *RIL*, 8 (2017); GUTIÉRREZ ARRANZ, R.: «Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el casoes Uber en EE.UU», *REDT*, 187 (2016); GINÉS I FABRELLAS, A. / GÁLVEZ DURÁN, S.: «Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des) protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *Indret*, 1 (2016); TODOLI SIGNES, A.: «El impacto de la *uber economy* en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor*, 3 (2015), pp. 4 y ss.; y «Los conductores y transportistas en la *uber economy*», en *La regulación..., cit.*, pp. 309 y ss.; y LAMARCA, J.Mª: «Aspectos laborales y de seguridad social de la economía colaborativa», en *La regulación...*, *cit.*, pp. 169 y ss. Sobre la violación de la legislación de ordenación de los transportes terrestres, CARBONELL PORRAS, E.: «Competencia y mercado en el transporte en vehículos turismo ante el reto de las nuevas tecnologías», *REDA*, 179 (2016), pp. 57 y ss.; y «El arrendamiento de vehículos con conductor: servicio de transporte público y nuevas tecnologías», en *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor a Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, 2017, pp. 1710 y ss.

26 Auto de 9 de diciembre de 2014, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid (JUR\2014\286106), dictado en el procedimiento 707/2014, en medidas cautelarísimas que confirma el Auto 249/2014 (¿?) de 22 mayo (JUR 2016\250518) y Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 16 de julio de 2015 (JUR\2016\157314), dictado en el procedimiento 929/2014.

27 Dictamen Exploratorio del Comité Económico y Social Europeo (2016/C 303/05), ponente Jorge Pegado Liz, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C 303/36, de 19 de agosto de 2016.

respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales remitidas a este respecto por tribunales de Bruselas y Barcelona[28].

B. **La sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de diciembre de 2017**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, resuelve la cuestión prejudicial que había elevado el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona sobre la naturaleza jurídica de los servicios prestados a través de la plataforma digital Uber Systems Spain y la interpretación del art. 56 TFUE, así como de los arts. 1 de la Directiva 98/34/CE (en la actualidad, Directiva 2015/1535), 3 de la Directiva sobre el comercio electrónico y 2 y 9 de la Directiva de servicios. El Tribunal constata que, empleando una aplicación para teléfonos inteligentes, Uber presta un servicio remunerado de conexión de conductores no profesionales, que utilizan su propio vehículo, y personas que desean desplazarse, sin contar con los permisos y licencias administrativas exigidos por la normativa aplicable para realizar estos servicios, en particular la relativa al taxi (Ley autonómica 19/2003, de 4 de julio y Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona, de 22 de julio de 2004).

El punto de partida del Tribunal de Justicia es diferenciar el servicio de intermediación, que consiste en conectar al conductor no profesional con el sujeto que necesita trasladarse, del servicio de transporte, que consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un

28 Además de la del Juzgado español, un tribunal belga había elevado cuestión en relación con el principio de proporcionalidad y su compatibilidad con la Ordenanza de la Región de Bruselas-Capital, de 27 de abril de 1995, relativa a los servicios de taxi y a los servicios de alquiler de vehículos con conductor, concretamente si el concepto de taxi «también es aplicable a los transportistas particulares no retribuidos que realizan un *ridesharing* (transporte compartido) aceptando solicitudes de transporte que les son ofrecidas por medio de una aplicación informática de las empresas Uber BV y otros, establecidas en otro Estado miembro». El Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava), de 27 de octubre de 2016 –Asunto C-526/15; (2017/C 063/08), DOCE de 27 de febrero de 2017– no admite la cuestión al considerarla manifiestamente infundada. También Alemania había elevado decisión prejudicial –Asunto C-371/17; (2017/C 318/07), DOCE de 25 de septiembre de 2017–, que tenía por objeto determinar si Uber BV presta un servicio de transporte teniendo en cuenta que determina la tarifa, gestiona las operaciones de pago y fija las condiciones del servicio, pero la retira al resolverse el tema en la sentencia de 20 de diciembre de 2017. Por otro lado, la jurisprudencia sentada en la Sentencia, de 20 de diciembre de 2017, sobre Uber Systems Spain se repite en la sentencia de 10 de abril de 2018 (Asunto C-329/16) en respuesta a la petición prejudicial planteada por un tribunal francés con ocasión de instrucción de un proceso penal contra Uber France SAS.

vehículo. El servicio de intermediación puede considerarse un servicio de la sociedad de la información que se presta a cambio de una remuneración, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario del servicio, mientras que el servicio de taxi es un servicio de transporte urbano, excluido del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios[29]. El problema es que Uber no se limita a prestar un servicio de intermediación ya que al mismo tiempo crea una oferta de servicios de transporte urbano. Señala la sentencia:

> A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos.

Con estos argumentos, el Tribunal concluye que el servicio de intermediación que presta Uber forma parte de un servicio global cuyo elemento principal

29 El Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, en sus conclusiones de 12 de mayo de 2017, destaca que la actividad de Uber «consiste en una única prestación de transporte a bordo de un vehículo encontrado y reservado con la ayuda de la aplicación para teléfonos inteligentes, y que, desde un punto de vista económico, este servicio se presta bien por Uber, bien en su nombre. Ese servicio también se presenta a los usuarios de este modo, y ellos así lo perciben. Los usuarios, al decidir recurrir a los servicios de Uber, buscan un servicio de transporte que posea determinadas funcionalidades y cierta calidad, que garantiza Uber». La plataforma controla los diversos factores de los servicios de transporte urbano: el precio, evidentemente, pero también los requisitos mínimos de seguridad, con la imposición de exigencias previas a los conductores y a los vehículos; la accesibilidad de la oferta de transporte, al incitar a los conductores a ejercer su actividad en los momentos y lugares de mayor demanda... Que este control no se ejerza directamente sino mediante el sistema de evaluación y su posible expulsión jerárquica de corte clásico no debe inducir a engaños pues, como señala el Abogado General, «un control indirecto como el que ejerce Uber, basado en incentivos económicos y una evaluación descentralizada realizada por los pasajeros, con un efecto de escala, permite una gestión tan eficaz, o más, que el basado en órdenes formales dadas por un empresario a sus trabajadores y en el control directo de su ejecución». Por lo tanto, la actividad de Uber constituye «una prestación única que incluye tanto la búsqueda del conductor disponible y la reserva de la carrera como la prestación de transporte», que es un servicio de transporte urbano a efectos de la Directiva de Servicios, sujeto a las normas de la política comunitaria de transportes.

es el transporte y, por tanto, no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información» sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes» de acuerdo con las Directivas aplicables a uno y otro. En consecuencia, no está incluido en el ámbito del art. 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios en general, sino en el del art. 58 TFUE, apdo. 1, específico para el sector, que establece que «la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes»[30]. En apoyo de esta conclusión, el Tribunal recuerda su jurisprudencia sobre el alcance de los servicios en este concreto ámbito pues, además de incluir los servicios de transporte como tales, también comprende «cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte».

Además, el Tribunal de Justicia recuerda que «los servicios de transporte urbano no colectivo y los servicios indisociablemente vinculados a ellos, como el servicio de intermediación controvertido en el litigio principal, no han dado lugar a la adopción por parte del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de normas comunes u otras medidas sobre la base del artículo 91 TFUE, apartado 1». En consecuencia, corresponde a los Estados su regulación en el marco de los principios comunitarios de general aplicación.

Con independencia de las consecuencias de esta sentencia en el litigio de origen[31], el Tribunal Supremo se apoya en sus conclusiones para casar las sentencias de los Juzgados de lo contencioso-administrativo que habían considerado que Uber no podía ser sancionada por violación de la legislación de or-

30 De esta sentencia se han ocupado BARRIO ANDRÉS, M.: «Breve comentario a la sentencia Uber: cómo regular los servicios compuestos o mixtos en la economía digital», *La Ley*, 1 (2018); PANIZA FULLANA, A.: «El caso Uber: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3 (2018); PETIT LAVALL, MªV.: «Economía colaborativa y transporte: el caso Uber», en *RGDSR*, 2 (2018); y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo: Estudio a partir de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain SL», *La Ley*, 57 (2018). Sobre el conflicto, la posición de la Comisión en la vista oral y la de otros Estados miembros, vid. ALFONSO SÁNCHEZ, R.: «La controvertida...», *cit.*, pp. 154-155.

31 El Tribunal de Justicia y el Abogado General han puesto de manifiesto que es Uber BV, la sociedad de Derecho neerlandés, la que explota la aplicación Uber en toda la Unión Europea y este argumento es tomado en consideración por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, en su sentencia de 10 de abril de 2018,–(AC\2018\647), recurso 929/2014D2– para desestimar la demanda por competencia desleal, pues no se ha probado que sea imputable a Uber Spain.

denación del transporte al limitarse a prestar un servicio de la sociedad de la información[32], y subraya que presta un servicio en el ámbito de los transportes urbanos no colectivos en el que no existen concretas normas europeas reguladoras[33]. Respecto de la normativa nacional que resulta de aplicación a Uber, el Tribunal Supremo rechaza que sea la Ley autonómica 19/2003, del taxi, pues Uber no presta un servicio de taxi; organiza e intermedia en la prestación de un transporte público de viajeros de carácter discrecional que se rige por lo previsto en la LOTT, que exige una autorización y establece un régimen sancionador en caso de incumplimiento.

Sobre la base de las conclusiones sentadas por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo en relación con la naturaleza jurídica de la actividad de UberPop, que no se limita a intermediar entre conductores y usuarios y, por tanto, no presta un simple servicio de la sociedad de la información, sino también de transporte, puede analizarse el régimen jurídico de otras actividades y servicios incluidos en la idea general de movilidad colaborativa.

III. COMPARTIR UN MISMO VEHÍCULO DE FORMA SUCESIVA: EL ARRENDAMIENTO DE UN TURISMO SIN CONDUCTOR, Y DE OTROS VEHÍCULOS

Una de las primeras manifestaciones de lo que se denomina movilidad colaborativa se conoce genéricamente como compartir el vehículo (*carsharing*), de forma sucesiva, no simultánea, que incluye a las empresas que lo tienen como objeto pero también a los particulares que ofertan sus automóviles para su uso por otros particulares. En realidad, para el Derecho, se trataría del clásico servicio de

32 Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Barcelona, núm. 15, 216/2016, de 6 de octubre (JUR\2017\191672), recurso 434/2015; núm. 15, 179/2016 de 18 julio (JUR\2016\229062), recurso 439/2015 y núm. 17, 287/2016 de 5 octubre (JUR\2017\16003), recurso 436/2015- anularon las sanciones que la Generalidad de Cataluña impuso a Uber por contratar o facturar servicios de transporte sin la autorización legalmente exigida. En algún caso, los Juzgados acordaron suspender el procedimiento a la espera de la resolución de la cuestión prejudicial que había planteado el Juzgado de lo Mercantil, pero la sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña levantó la suspensión en apelación, al considerar que una cosa es la duda en materia de competencia desleal y otras las cuestiones de Derecho Administrativo, que son las que debía resolver el juzgado -entre otras, sentencias núms. 309/2017 (JUR 2017\269716), 315/2017,(JUR 2017\270122), o 316/2017 (JUR 2017\26894), todas de 29 de mayo-.

33 SSTS 81/2018, de 24 de enero (RJ\2018\126), recurso de casación 1277/2017; y 87/2018, de 25 de enero (RJ\2018\129), recurso de casación 313/2016.

alquiler de vehículos, aunque los avances tecnológicos han reducido la duración del contrato a minutos, y posibilitado que entren en este mercado los particulares respecto de sus propios vehículos. Además, la liberalización de la actividad que se lleva a cabo con la Ley 25/2009 ha potenciado su desarrollo[34].

El régimen jurídico de las relaciones entre el propietario del vehículo y su conductor es de Derecho privado tanto si la relación se establece con una empresa (*B2C* o *B2B*) o entre particulares (*P2P)* y con independencia del tipo de vehículos que se arriende. Otra cuestión es que la normativa que regula el arrendamiento de vehículos sin conductor debería adaptarse a la nueva realidad, especialmente respecto del contrato de alquiler[35]. Sin perjuicio de este problema, lo cierto es que las ventajas del coche multiusuario, generalmente limpio y de tamaño reducido, para una movilidad urbana sostenible explican las medidas de fomento que se impulsan desde los Ayuntamientos facilitando el aparcamiento y el acceso a las áreas de tráfico restringido[36].

34 El arrendamiento de vehículo sin conductor es una actividad auxiliar y complementaria del transporte que puede realizarse libremente por todas aquellas empresas que cumplan las obligaciones de índole fiscal, social y laboral o de seguridad ciudadana o vial que les resulten de aplicación. Así lo establece el art. 133 LOTT reformado por la Ley 25/2009, que suprimió la autorización exigible con anterioridad. En la misma línea, el Real Decreto 919/2010, de 16 de julio, modifica el ROTT para, por un lado, incluir la actividad de arrendamiento de vehículos sin conductor en los supuestos de exoneración de título administrativo habilitante del art. 41.3; y, por otro lado, dejar sin contenido los arts. 174 y 175, relativos a los requisitos para obtener la autorización ahora eliminada. No obstante, la legislación mantiene cautelas respecto del posible empleo del vehículo arrendado en la realización de un servicio de transporte sujeto a autorización o concesión administrativa (arts. 178 y 179 ROTT).

35 El alquiler entre particulares que se realiza empleando SocialCar se formaliza en un contrato similar al que utilizan las tradicionales empresas de alquiler pues la entrega del vehículo se produce directamente por el propietario del vehículo y el conductor con la consiguiente firma del contrato. Sin embargo, para poder utilizar los vehículos disponibles en las calles como Car2Go es necesario previamente suscribir el llamado «contrato marco» que implica el registro del potencial arrendatario con sus datos y que permitirá utilizar la aplicación informática para acceder a los vehículos, celebrándose entonces el contrato de alquiler. Parece claro que en la actualidad no tiene sentido exigir que el contrato se celebre en los locales de la empresa arrendadora o en sus delegaciones en hoteles, agencias de viaje, complejos turísticos o similares y que en el contrato conste el nombre, domicilio y número de identificación fiscal o código de identificación fiscal del arrendador y del arrendatario, el plazo de duración del contrato, o el precio convenido como prevén los arts. 176 ROTT y 17 de la Orden de 20 de julio de 1995.

36 Por ejemplo, el Plan de Movilidad Urbana Sostenible del Ayuntamiento de Madrid, aprobado en diciembre de 2014, insiste en la necesaria implicación municipal en los mecanismos de movilidad colaborativa que constituyen una alternativa sostenible que permite controlar y reducir las emisiones y la ocupación de espacio, mejorar las opciones de intermodalidad,

Los Municipios también han facilitado el desplazamiento en bicicleta ofertando servicios de alquiler que se gestionan directa o indirectamente, resultando de aplicación lo que en cada modalidad proceda según la forma elegida. En uno u otro caso, en sus relaciones con las empresas gestoras, los usuarios de los servicios de alquiler están protegidos por la legislación general que, obviamente, también rige cuando se emplean aplicaciones informáticas. Además, en los últimos tiempos han proliferado en nuestras ciudades otros aparatos que permiten el desplazamiento de las personas pues son aptos para circular por las vías urbanas[37]. Son los denominados vehículos de movilidad urbana o personal. La Dirección General de Tráfico los define como vehículos capaces de asistir al ser humano en su desplazamiento personal, que pueden exceder las características de los ciclos y estar dotados de motor eléctrico, y rompen con la tradicional división entre peatón (que usa la acera) y vehículo a motor (que circula por la calzada) lo que origina no pocas dudas sobre su régimen jurídico[38]. Sin duda los más relevantes son los riesgos para la seguridad de las personas que provoca el posible uso compartido con peatones y vehículos a motor, que deben ser ordenados por los Municipios[39]. Pero lo cierto es que en esta situación de riesgo no hay diferencias porque se utilice un vehículo de préstamo o propio.

ofreciendo varias opciones para desplazarse y que finalmente provocan que se deje el coche propio en casa. En esta línea, la Ordenanza de Movilidad Sostenible de octubre de 2018, incluye en las categorías de uso del Servicio de Estacionamiento Regulado (SER), al «colectivo cualificado de Empresas de Vehículos Multi usuarios o *carsharing*».

37 Según el anexo II del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Vehículos, un vehículo es cualquier aparato apto para circular por las vías y terrenos a que se refiere el art. 2 de Texto Refundido de la Ley de Seguridad Vial –Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre–, que son las vías y terrenos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como los que, sin tener tal aptitud, sean de uso común, incluidos los privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios. El Anexo II establece la distinción entre las diferentes categorías de vehículos: automóvil turismo (con cuatro ruedas y ocho plazas como máximo, además del asiento del conductor), ciclo (vehículo de dos ruedas por lo menos, accionado por el esfuerzo muscular de las personas que lo ocupan, en particular mediante pedales o manivelas), bicicleta (ciclo de dos ruedas), bicicleta con pedaleo asistido (bicicleta que utiliza un motor), ciclomotores de dos y tres ruedas, cuatriciclos ligeros, motocicletas de dos ruedas y con sidecar..

38 Instrucción 16/V-124, de 3 de noviembre de 2016, sobre los Vehículos de Movilidad Personal. Como no pueden catalogarse como vehículos a motor no están sujetos a la regulación propia de estos luego, en principio y sin perjuicio de lo que puedan disponer los Municipios, no requieren permiso de circulación ni de permiso de conducir, ni están sometidos al seguro obligatorio.

39 La Dirección General de Tráfico señala que, como no son asimilables con los peatones, no pueden hacer uso de las aceras y otros espacios reservados a aquellos, salvo que resulten ha-

Sin perjuicio de lo anterior, realmente y a pesar del sentir generalizado, el empleo de estos nuevos métodos de desplazamiento, que se impulsan desde la defensa de una movilidad sostenible por su menor incidencia medioambiental, no son manifestaciones de la movilidad colaborativa. La tecnología facilita el acceso al aparato, pero no siempre existe una plataforma de doble cara que actúe como intermediaria entre los propietarios de los vehículos y sus potenciales usuarios que, como se indicó, constituye el elemento común a los diferentes modelos de relación que se consideran de economía colaborativa. Sí puede calificarse como colaborativa la plataforma que actúa como intermediario en los contratos de alquiler entre particulares, pero no cuando es la propia plataforma la titular del vehículo y la responsable y gestora de su préstamo. Que se utilice una aplicación informática para facilitar las relaciones entre el titular del servicio de préstamo o alquiler del vehículo (sea un automóvil, una bicicleta o uno de los nuevos vehículos de movilidad personal) no altera el régimen jurídico aplicable a una relación entre dos partes, pues no existe una plataforma digital que preste un servicio de mediación entre ambas.

IV. COMPARTIR UN COCHE POR ASIENTOS: BLABLACAR

Además de compartir un vehículo sucesivamente en los términos vistos, también puede ser de forma simultánea, como sucede cuando un conductor lleva a otros pasajeros que ocupan los asientos del automóvil hasta completar su ocupación (*carpooling*). Para analizar el régimen jurídico aplicable a esta actividad, es imprescindible diferenciar previamente los transportes públicos y los privados de acuerdo con la legislación vigente. El art. 62 LOTT diferencia los transportes públicos, realizados por cuenta ajena mediante retribución económica, de los privados, que se llevan a cabo por cuenta propia, como complemento de otras actividades principales realizadas por empresas o establecimientos del mismo sujeto (privados complementarios), o para satisfacer necesidades particulares (privados particulares). Los transportes privados particulares, que lógicamente no están sujetos a autorización, incluyen, además del conductor, el desplazamiento de los allegados que, según el art. 156 ROTT, son familiares

bilitados por las Ordenanzas Municipales. En consecuencia, los vehículos de movilidad personal podrán ubicarse físicamente en el ámbito de la calzada, siempre que se trate de vías expresamente autorizadas por la autoridad local, que también podrá permitir su circulación por «aceras, zonas peatonales, parques o habilitar carriles especiales con las prohibiciones y limitaciones que considere necesarias (relativas a masa, velocidad y servicio al que se destinan) para garantizar la seguridad de los usuarios de la vía». En todo caso, su uso debe realizarse atendiendo a las normas de seguridad vial.

u otras personas que convivan, tengan una relación de dependencia personal o laboral de carácter doméstico, o mantengan una relación social de amistad o equivalente[40]. En realidad, lo relevante para identificar el transporte privado particular no es la propiedad del vehículo ni la existencia de una relación más o menos estrecha entre el conductor y los ocupantes, sino que se trate de un servicio gratuito, sin remuneración ni pago alguno por el transporte realizado, que es el criterio esencial para calificar un transporte como público. Lo establece con claridad el art. 101.1.a) LOTT: «en ningún caso, salvo el supuesto de percepción de dietas o gastos de desplazamiento para su titular, el transporte particular puede dar lugar a remuneraciones dinerarias directas o indirectas». Pensemos, por ejemplo, en la persona que hace autostop, tan usual hace unos años, los universitarios que se anuncian en los tablones para compartir los gastos del coche de regreso a casa o quienes se ponen de acuerdo para desplazarse a alguna localidad, alternándose cada día el vehículo y el conductor. No existe una relación previa entre el conductor (que puede no ser el propietario del automóvil) y los ocupantes, pero continua siendo un transporte privado particular siempre que no se remunere su servicio. Por tanto, cuando las personas conducen sus automóviles (propios, alquilados o prestados) para desplazarse acompañados de otras personas (conocidas o no) realizan un transporte privado particular, que, además, está directamente amparado por la libertad de circulación del art. 19 de la Constitución, sin perjuicio de las limitaciones que deriven de la policía de tráfico, seguridad vial y circulación por las vías públicas. Y nada de esto debe cambiar porque existan plataformas colaborativas que faciliten el contacto entre el conductor y sus ocupantes.

Las plataformas y aplicaciones digitales habrían sustituido a los anuncios en centros universitarios o de trabajo, y otras formas de contacto para facilitar que quienes tienen que desplazarse a un mismo lugar con fechas y horarios coincidentes se pongan de acuerdo para realizar juntos el viaje, compartiendo los gastos ocasionados (que no es lo mismo que cobrar una retribución por el servicio prestado). Se trata de un transporte privado particular, sea cual sea el medio que posibilita el contacto, que sí puede considerarse una manifestación de la econo-

40 Quedaría excluido del transporte privado particular el complementario de empresas sean familiares, autónomas, cooperativas, sociedades civiles particulares, comunidades de bienes u otras similares, que se calificaría como transporte privado complementario. En todo caso, cualquier dificultad para diferenciar uno y otro queda parcialmente superada porque el transporte privado complementario en vehículos turismo está exento de obtener autorización administrativa, realizándose libremente como el privado particular. Sobre la distinción entre los transportes públicos y privados, y las diferencias de régimen jurídico, puede verse CARBONELL PORRAS, E.: *Régimen jurídico-administrativo..., cit.*, pp. 61 y ss.

mía colaborativa. Este es el caso de una de las plataformas más conocidas y utilizadas en la actualidad como es BlaBlaCar, que nació en Francia en 2009 y llegó a España en 2010 y responde a la idea inicial de compartir para un mejor aprovechamiento de los recursos, al margen de los nuevos modelos de negocios lucrativos en internet. BlaBlaCar se define como «una comunidad de usuarios basada en la confianza que conecta a conductores que tienen asientos vacíos, con pasajeros que se dirigen al mismo lugar». Es una empresa que presta un servicio tecnológico: el conductor es un particular, sin relación contractual con BlaBlaCar, que se registra en la página de internet para indicar los datos de su desplazamiento y ofrecerlo a otros usuarios registrados potencialmente interesados en compartir el viaje y los gastos (gasolina, peajes...) con la consiguiente reducción de los costes para todos ellos. El conductor establece las condiciones del viaje (número de pasajeros, posibilidad o no de fumar, zona de recogida y de bajada, equipaje, etc.). La plataforma calcula el coste del trayecto (entre 0,06 y 0,09 euros por kilómetro) y ofrece un precio de referencia al conductor, que lo fija libremente, aunque, para garantizar la seriedad del contacto, el pago se formaliza mediante la tarjeta de crédito del usuario por BlaBlaCar, que descuenta un porcentaje por la gestión, y realiza el abono correspondiente al conductor. Una vez efectuado el pago, se facilitan los datos personales del conductor al usuario para que concreten los términos del viaje. De esta forma, se constituye una red sobre ruedas promovida por particulares que hace posible un «concepto de viaje social, más ahorrativo en términos monetarios y más eficiente para millones de usuarios». Lo relevante es que BlaBlaCar no presta el servicio ni selecciona a los conductores, aunque los comentarios de los usuarios en la plataforma influyan en la selección de con quién quiere compartirse el viaje. Los servicios que presta y cobra la plataforma son los necesarios para el establecimiento del contacto, registrando conductores y potenciales usuarios y recopilando las opiniones que generan confianza, para la búsqueda del desplazamiento que interesa y para controlar el pago y las posibles incidencias, pero no oferta ni influye en las condiciones del desplazamiento. En todo caso, debe notarse que la plataforma asume el compromiso de expulsar al conductor que la utilice para una finalidad distinta como sería la retribución de su servicio, supuesto en el que se estaría cometiendo una violación a la legislación de transporte por la realización de transportes públicos sin estar habilitado para ello, susceptible de sanción si es que se consigue detectar. Para ello, sería relevante que BlaBlaCar, además de expulsar al conductor que la utiliza con una finalidad profesional, lo denunciara a la inspección de transportes colaborando en la instrucción del procedimiento sancionador. Se trata de una plataforma digital de doble efecto que facilita los contactos entre particulares, pero no presta el servicio de transporte, que lo hace el particular, sino un servicio de la sociedad de la información en el sentido de la Ley 34/2002, que no está sujeto a interven-

ción administrativa realizándose, por tanto, libremente. Así lo entiende también la sentencia 30/2017, de 2 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, que desestima la demanda por competencia desleal interpuesta por las empresas de transporte en autobús contra BlaBlaCar, que señala:

> Sin ninguna duda BlaBlaCar ha generado una plataforma no para organizar el transporte, sino para poner en contacto a particulares que quieren realizar un viaje juntos, y compartir determinados gastos del trayecto, y para dar calidad al servicio de contacto ha puesto unos márgenes y unos límites y un formato de actuación, que en modo alguno es obligatorio para quienes lo usan o para quienes prestan una plaza en su coche para realizar el trayecto. Estos no están contratados por BlaBlaCar, ni pertenecen a una empresa o a una industria dedicada a este fin. Son particulares que a su cuenta y riesgo se ofrecen a la plataforma buscando a personas que tengan interés en realizar ese mismo viaje y pagar, no en el sentido de pagar un canon o un servicio, sino de pagar, –en el fondo es el concepto del pago el que define la cuestión–, el coste de un viaje.

Como destaca la sentencia, la retribución de la prestación recibida es el elemento clave para determinar la naturaleza jurídica del transporte que se realiza empleando una plataforma digital como BlaBlaCar que, por eso, es diferente de Uber[41]. También se rechaza una interpretación estricta de qué se entiende por allegado, concepto que debe ser objeto de actualización[42]. De hecho, un grupo

41 Con más detalle, sobre el diferente régimen jurídico del servicio que presta BlaBlaCar respecto del de Uber, puede verse CARBONELL PORRAS, E.: «Movilidad colaborativa...», *cit.*, pp. 420 y ss.; ALFONSO SÁNCHEZ, R.: «La controvertida...», *cit.*, pp. 157-159; VÁZQUEZ RUANO, T.: «Economía...», *cit.*, pp. 24 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.Mª: «Economía...», *cit.*, pp. 238 y ss.; o BOBOC, S.: «BlaBlaCar: ¿un posible supuesto de competencia desleal? (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017)», *RDT*, 19 (2017), pp. 241 y ss., entre otros. En contra de este planteamiento, MONTERO PASCUAL, J.J.: «La regulación de la economía colaborativa», en *La regulación..., cit.*, pp. 35-39, considera arbitraria la distinción entre Uber y BlaBlaCar y exenta de consecuencias jurídicas.

42 En relación con esta cuestión la sentencia afirma: «Si una persona coge a otra persona por capricho en la puerta de un bar o porque se lo recomienda un amigo suyo para viajar con él y pagar el coste del viaje ¿está incluido en la definición?. Evidentemente no está incluido en la LOTT dada la indefinición con la que está enunciado el texto del artículo. Lo que significa amistad a los efectos de la regulación legal o "equivalente" forma parte de la falta de actualidad de la legislación existente, pero tal ambigüedad impide que los contactos que se realizan a través de una plataforma como BlaBlaCar no puedan ser incluidos en las excepciones de la aplicación de la LOTT. La equivalencia va mucho más allá, y tendrá que definirse la intención de la ley con otros parámetros, pero desde luego en absoluto por la pretensión de la parte actora de no haber sido incluidos en la excepción que establece la regulación a la que se acoge para intentar la prohibición. Esta equivalencia de amistad encaja perfectamente en que dos personas se pongan de acuerdo para realizar un viaje juntos, sin que sea aplicable el

de personas que coincide en un desplazamiento con cierta periodicidad (trabajadores, estudiantes...) puede conocerse inicialmente en BlaBlaCar pero prescindir de la plataforma para ulteriores viajes lo que prueba que su servicio es un servicio de la sociedad de la información, y no de transporte.

En conclusión y teniendo en cuenta las actuales circunstancias, desde la ordenación pública de los transportes, BlaBlaCar es una manifestación del consumo colaborativo, posibilita la prestación de un servicio de consumidor a consumidor, y la plataforma digital de doble clara es una verdadera empresa tecnológica, no de prestación de servicios de transportes, que limita su actividad a la intermediación entre conductores y pasajeros[43].

V. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO EN VEHÍCULOS TURISMO: ANÁLISIS DE LA IDEA DE MOVILIDAD COLABORATIVA

1. El servicio de taxi y el arrendamiento con conductor: principales diferencias en su régimen jurídico

Cuando una persona ocupa su vehículo con otros viajeros de forma gratuita está realizando un transporte privado pero si percibe una remuneración se trata de un transporte público, y su realización está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos, en particular los exigidos para ejercer la profesión de transportista y la obtención de un título administrativo habilitante para prestar el servicio de que se trate –salvo para los vehículos de menos de 3 ruedas que no requieren autorización administrativa (art. 41 ROTT)[44].

precepto excepcional limitador a la situación legal que nos ocupa enjuiciar. En definitiva, las pretensiones de la actora no pueden basarse en el enunciado de los artículos que dice relativos a la relación de los conductores con las personas que comparten el transporte, pues las prohibiciones solo pueden ser aplicables cuando afecten a la legislación y al orden público, y es evidente que ello tiene que tener una interpretación restrictiva de la prohibición como todas las prohibiciones, lo que aquí por las dudas no se da».

43 Como he señalado (CARBONELL PORRAS, E.: «Competencia...», *cit.*, pp. 59-61; y «Movilidad colaborativa...», *cit.*, pp. 437 y ss.) otra cuestión es que la generalización de este tipo de transportes privados particulares tenga consecuencias relevantes respecto del seguro del automóvil, así como en las relaciones entre conductor y ocupantes que habrían celebrado un contrato civil de transporte hasta ahora escasamente regulado y estudiado por la doctrina.

44 Vid. CARBONELL PORRAS, E.: *Régimen jurídico-administrativo...*, *cit.*, pp. 423-424. De entre estos requisitos hay que recordar ahora que el ejercicio de la profesión de transportista requiere el cumplimiento de unas determinadas condiciones que también son exigibles para

El transporte público en automóviles turismo se presta mediante el tradicional servicio de taxi o en régimen de arrendamiento con conductor. El primero ha sido objeto desde siempre de una intensa ordenación con normas estatales, autonómicas y locales, pues realizan transportes urbanos e interurbanos, de ámbito autonómico y estatal[45]. Sin embargo, el arrendamiento con conductor ha estado sujeto a diferentes vicisitudes, con cambios normativos escasamente meditados, interpretaciones desacertadas de la Administración y la consiguiente acción de los Tribunales, que han provocado el actual conflicto que enfrenta esta modalidad con el servicio del taxi[46]. En la actualidad, des-

realizar transporte público en automóviles turismo. Por ejemplo, la Ley 2/2000, de 29 de junio, del transporte público urbano e interurbano en automóviles turismo del País Vasco, dispone que podrán ser titulares de las autorizaciones y licencias las personas físicas que acrediten el cumplimiento de las obligaciones de carácter fiscal, laboral, social y administrativo, de los requerimientos técnicos del vehículo que utilicen para la realización del transporte y tengan cubierta la responsabilidad civil por cuantos daños y perjuicios puedan causar a los usuarios con ocasión del servicio de transporte que realicen (art. 6); o la más reciente Ley 5/2018, de 19 de abril, del Taxi de Aragón, exige, con carácter general, la nacionalidad española o de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro país extranjero que sean equiparables; acreditar la titularidad del turismo en cualquier régimen de utilización jurídicamente valido; el cumplimiento de las obligaciones de carácter fiscal, laboral y social; tener cubierta la responsabilidad civil por los daños que pudieran ocasionarse en la prestación del servicio; y disponer de la capacitación profesional que reglamentariamente pueda establecerse para prestar, conduciendo, servicios de taxi. En esta línea, es frecuente que las Ordenanzas Municipales que regulan los servicios de taxis impongan requisitos específicos y complementarios de cualificación profesional como el carnet municipal de conductor de taxi previsto en la Ordenanza de Córdoba de 14 de mayo de 2015.

45 Puede verse BOTELLA CARRETERA, J.: *El régimen jurídico del servicio de auto-taxis*, 2002; y TARRÉS VIVES, M.: *La regulación del taxi (legislación autonómica y experiencias de Derecho Comparado)*, 2006.

46 El Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros (Real Decreto 763/1979, de 16 marzo) se regulaban conjuntamente ambas modalidades, diferenciándose tres tipos de licencias: de «Auto-taxis», para los vehículos que prestan servicios medidos por contador taxímetro, ordinariamente, en suelo urbano o urbanizable; de «Auto-turismos», para los vehículos que prestan servicios dentro o fuera de los núcleos urbanos antes dichos, sin contador taxímetro; y de «Especiales o de abono», para los vehículos que prestan servicios dentro o fuera de los núcleos urbanizados, diferentes a los de las clases anteriores, ya sea por su mayor potencia, capacidad, lujo, dedicación, finalidad, etc., ya porque los conductores tienen conocimientos acreditados superiores a los obligados e inherentes a los de su profesión y apropiados a la especialidad que les caracteriza (turística, representativa, etc.). Sin embargo, en 1987, la LOTT califica el arrendamiento de vehículos, con o sin conductor, como una actividad auxiliar y complementaria del transporte, y, en su aplicación, el art. 143.1 ROTT dispuso que sólo existiría una categoría para la prestación de servicios de transporte urbano en automóviles de turismo: la licencia de

de la Ley 25/2009, el arrendamiento con conductor se califica como un tipo de transporte discrecional de personas, calificación que, sin duda, se ajusta mejor a la naturaleza del servicio que se realiza. En consecuencia, ambas modalidades requieren la obtención de una autorización administrativa para realizar transportes interurbanos –VT para el servicio de taxi y VTC para el arrendamiento con conductor–, que habilitan para todo el territorio nacional y que otorga la Comunidad Autónoma en aplicación de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transporte por carretera y por cable[47]. No obstante, el taxi, como es sabido, debe obtener, generalmente de forma simultánea, la licencia municipal que habilita para realizar transporte urbano, sin perjuicio de la existencia de limitaciones en el número de licencias que pueden otorgarse en atención a la población de los Municipios de acuerdo con las Leyes autonómicas y las Ordenanzas municipales[48]. Inicialmente la autorización VTC permitía prestar servicios interurbanos y urbanos, sin necesidad de obtener una licencia municipal, pero se exigía el informe favorable del Ayuntamiento que valoraba las circunstancias externas concurrentes sobre la procedencia del otorgamiento de esta autorización, teniendo en cuenta la distinta naturaleza y el carácter diferenciado del arrendamiento con conductor respecto del taxi: el servicio de transporte debe ser contratado previamente, prohibiéndose al vehículo circular por las vías públicas en espera o a la búsqueda de clientes, entre otras exigencias. Podía denegarse la autorización VTC si existía una desproporción manifiesta entre el número de las existentes y los potenciales usuarios del servicio, lo que sucedía si

auto-taxis. Sobre el régimen de arrendamiento con conductor y su evolución, puede verse en CARBONELL PORRAS, E.: «Competencia...», *cit.*, pp. 61 y ss.; y «El arrendamiento...», *cit.*, pp. 1710 y ss.; así como GUIJARRO GONZÁLEZ, E.: «Limitaciones en las autorizaciones para el ejercicio de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC's)», *REFC*, 24 (2015), pp. 209 y ss.

47 La Ley Orgánica 5/1987 delega tanto las funciones relativas a las autorizaciones para realizar transportes públicos de carácter discrecional (arts. 5 y 6) como las que se refieren a actividades auxiliares y complementarias del transporte (art. 8). En consecuencia, el cambio en la configuración jurídica del arrendamiento con conductor no afecta a la competencia autonómica para otorgar la autorización por delegación del Estado.

48 El establecimiento de cupos o contingentes en el número de las licencias de taxi puede establecerse por la Comunidad Autónoma (por ejemplo, el art. 41 de la reciente Ley 9/2018, de 20 de diciembre, de transporte público de viajeros por carretera de Castilla y León prevé Decreto de la Junta de Castilla y León) o por el Municipio en aplicación de la Ley autonómica, que puede limitarse a indicar unos criterios generales (así, el art. 6 de la Ley 19/2003, de 4 julio, del Taxi de Cataluña) o fijar una determinada ratio en atención a la población (como hace art. 8 de la Ley 5/2018, de 19 de abril, del Taxi de Aragón).

la relación entre el número de autorizaciones VTC y las autorizaciones VT era superior a una de aquellas por cada treinta de estas[49].

Ulteriores modificaciones de este régimen general (en particular, la supresión de la regla de proporcionalidad entre autorizaciones VTC y VT) provocan el enfrentamiento entre ambas modalidades de transporte público que ha caracterizado nuestras ciudades en los últimos tiempos, como seguidamente se intenta sintetizar. Además desde una perspectiva estrictamente competencial, la realización de servicios de transporte urbano requiere una licencia municipal para el servicio de taxi mientras que los vehículos con autorizaciones de arrendamiento con conductor prestan servicios urbanos sin intervención alguna de los Municipios, que no se han mostrado especialmente combativos al respecto[50]. En esta línea, como se verá, incide la última reforma normativa.

En todo caso, este artículo tiene como finalidad analizar los servicios de transporte que son considerados como de movilidad colaborativa, poniendo de manifiesto su régimen jurídico-administrativo. No se pretende, por tanto, efectuar un estudio detenido de la ordenación pública del taxi y sus diferencias y similitudes con el arrendamiento de vehículos con conductor. Incluso podría prescindirse de este conflicto que, a mi juicio, poco tiene que ver con la movilidad colaborativa. Podía hablarse de «colaboración» cuando comenzó a funcionar Uber con conductores no profesionales que prestaban servicios a demanda de los viajeros, sin cumplir ninguna de las normas aplicables a la realización de transportes públicos, pero esto, como sabemos, ha sido rechazado expresamen-

49 De acuerdo con la redacción original del art. 181 ROTT la autorización de transporte interurbano se otorgaría si el informe municipal era favorable y sólo podría denegarse si se apreciaba «una desproporción manifiesta entre el número de autorizaciones de esta clase otorgadas en la zona en que esté situado el municipio de que se trate y los potenciales usuarios del mismo en dicha zona, o se incumple alguno de los requisitos exigibles». Las diferentes órdenes ministeriales relativas al arrendamiento con conductor concretaban la regla de una por treinta. Así lo establecía el art. 14 de la Orden FOM/36/2008 (como las anteriores órdenes ministeriales) hasta la modificación que realiza la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre.

50 En la regulación inicial, la competencia municipal en el transporte urbano quedaba salvaguardada con el informe favorable del Municipio. Sin embargo, una autorización para realizar transportes interurbanos que también permite prestar servicios urbanos sin intervención alguna de los municipios no resulta respetuoso con las competencias de los Municipios en relación con el transporte y el tráfico y la circulación vial según la legislación estatal básica, algún Estatuto de Autonomía y la legislación autonómica sobre transporte. Puede verse CARBONELL PORRAS, E.: «Transporte urbano...», *cit*. pp. 2275 y ss., con carácter general, y «El transporte público de viajeros», en *Las competencias locales*, 2007.

te por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, los medios de comunicación social e incluso la doctrina administrativista ha vinculado el enfrentamiento del taxi con las autorizaciones VTC con la economía colaborativa y los nuevos modelos de negocio que ha posibilitado el desarrollo tecnológico. Por eso, me ha parecido apropiado explicar sintéticamente cómo surge el problema y, sobre esta base, intentar demostrar que nada hay de colaborativo en esta cuestión, sino una lucha por un determinado segmento del mercado de transporte público. Buena muestra de ello es que no resulta sencillo identificar las plataformas digitales de doble cara, que actúan como intermediarias entre los demandantes y oferentes de un servicio de transporte, y son el presupuesto de la economía colaborativa.

2. El conflicto entre el taxi y el arrendamiento con conductor: una sintética explicación

A. La supresión de las limitaciones cuantitativas en el otorgamiento de las autorizaciones VTC y su restablecimiento

La Ley 25/2009, además de incluir el arrendamiento con conductor en las modalidades de transporte público discrecional, proclama en su preámbulo que el acceso a su ejercicio es libre y, en consecuencia, eliminó los arts. 49 y 50 LOTT, que daban cobertura legal a las restricciones en el mercado de transportes en general, incluida la regla de la proporcionalidad una a treinta en las autorizaciones VTC y VT. El Ministerio de Fomento, sin embargo, consideró que esta regla no se apoyaba en estos preceptos, sino en los principios generales de ordenación del sector[51]. Por eso, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la delegación estatal, continuaron aplicándola, denegando las autorizaciones VTC que excedían de la indicada proporción. El planteamiento del Ministerio fue lógicamente rechazado por el Tribunal Supremo, que anuló por falta de cobertura legal estas denegaciones[52]. Se producía así la expansión en la concesión de nuevas autorizaciones VTC. Hay que tener en cuenta que en 2011 inicia su actividad Cabify, que es la aplicación de Maxi Mobility Spain SL, una sociedad con domicilio social en Madrid, que presta servicios con vehículos amparados por las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, diferencia sus-

51 Resolución de coordinación 1/2010, de 2 de febrero, dictada al amparo del art. 16.2 de la Ley Orgánica 5/1987, para aclarar las dudas ocasionadas con la reforma operada llevada a cabo por la Ley 25/2009. Un análisis más detenido de estas cuestiones puede verse en CARBONELL PORRAS, E.: «Competencia...», *cit.*, pp. 71 y ss.

52 STS de 27 de enero de 2014, dictada en el recurso de casación núm. 5892/2011, seguida por muchas otras.

tancial con lo que se ha visto anteriormente respecto de Uber[53]. Pero, a partir de 2016, también Uber emplea vehículos con la autorización VTC.

El legislador estatal reacciona con una nueva reforma, la realizada por Ley 9/2013, de 4 de julio: reconocido el carácter reglado de las autorizaciones de transporte público, se admite que, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en el ámbito autonómico o local, se establezcan reglamentariamente limitaciones en el otorgamiento de nuevas autorizaciones[54]. Esta posibilidad, que se introduce en el art. 48 LOTT, requiere el oportuno desarrollo reglamentario, no pudiendo aplicarse, como es obvio, la normativa anterior que había quedado derogada. Así lo confirma el Tribunal Supremo que, de nuevo, anula numerosas resoluciones autonómicas que continuaron denegando la concesión de nuevas autorizaciones VTC aplicando las limitaciones reglamentarias derogadas en 2009[55]. Con la aprobación del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, se recuperan las limitaciones en el acceso al mercado de las autorizaciones VTC, en concreto la regla de la proporcionalidad (una por treinta) entre las autorizaciones VTC y VT y la regla de la habituabilidad en la prestación de servicios en el territorio autonómico, que estaban vigentes antes de 2009[56].

53 En consecuencia, el Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid en sentencia 159/2017, de 13 junio, rechazó la demanda por competencia desleal. La sentencia –(JUR\2017\163178), procedimiento ordinario 537/2015– pone de manifiesto que Cabify es la aplicación que canaliza una actividad de comercialización e intermediación en el transporte de viajeros entre los usuarios registrados y los titulares de autorizaciones de alquiler con conductor que cuentan con la preceptiva autorización. Sobre esta diferencia entre Cabify y Uber, puede verse VELASCO SAN PEDRO, L.A.: «El transporte colaborativo...», *cit.*, p. 417.

54 La naturaleza reglada no es incompatible con la existencia de cupos en el número de autorizaciones que pueden otorgarse: sólo exige que se empleen criterios objetivos. Puede verse CARBONELL PORRAS, E.: *Régimen jurídico..., cit.*, pp. 358 y ss.

55 Las SSTS de 6 de noviembre de 2017 (recurso de casación 3542/2015), de 13 de noviembre de 2017 (recurso de casación 3100/2015) entre otras muchas, hasta la más reciente de 21 de mayo de 2018 (recurso de casación 2390/2017602/2017), además de recordar que la derogación de una norma no hace revivir las normas derogadas por esta, ponen de manifiesto que el nuevo art. 48. 2 LOTT habilita al reglamento para que establezca restricciones, pero ni las regula ni las impone. En consecuencia, era necesario un nuevo desarrollo reglamentario para aprobar, en su caso, limitaciones añadidas y «las restricciones que ahora se impusieran por vía reglamentaria acogiéndose a la mentada cobertura legal, habrían de tener en cuenta el nuevo entorno legislativo, ampliamente liberalizador, que no era equiparable al existente en el momento en que se habían dictado la reglamentación anterior».

56 Para mantener el adecuado equilibrio en la oferta de servicios prestados con vehículos turismo, podrán denegarse nuevas autorizaciones VTC cuando la relación entre el número de

Lo cierto es que la supresión de las limitaciones en el otorgamiento de las autorizaciones VTC y las deficientes interpretaciones de las Administraciones públicas provocan un significativo aumento del número de las existentes, en particular en la Comunidad de Madrid[57], y también del uso de Uber y Cabify por los ciudadanos[58]. El Gobierno reacciona aprobando nuevas reformas como después veremos. Entre ellas, el Real Decreto 1076/2017, de 29 de diciembre, que trata de impedir la comercialización con las autorizaciones VTC y mejorar los instrumentos de control. A tal finalidad, por un lado, se prohíbe su transmisión hasta que hayan transcurrido dos años desde su expedición original, salvo en los supuestos de transmisión a favor de herederos en los casos de muerte, jubilación por edad o incapacidad física o legal de su titular[59]; y, por otro lado, se pre-

las existentes en el territorio de la Comunidad Autónoma en que pretendan domiciliarse y las de taxi en ese mismo territorio sea superior a una de aquellas por cada treinta de estas; también se exige, entre otras cosas, que los vehículos VTC se utilicen habitualmente en la prestación de servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio de la Comunidad Autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización y se entenderá que esta regla se incumple cuando el veinte por ciento o más de los servicios realizados con ese vehículo dentro de un período de tres meses no haya discurrido, ni siquiera parcialmente. Así lo establecían los arts. 181 y 182 ROTT, que se derogarán con la aprobación del Real Decreto-ley 3/2018, como se verá.

57 En enero de 1998 las autorizaciones VTC eran 1336, frente a 64 696 autorizaciones VT; y en enero de 2018, ascienden a 6687, frente a 63 972. Este descenso de las autorizaciones VT y el significativo aumento de las autorizaciones VTC es más acusado si se comparan las cifras de 2018 respecto de las de 2017. Así en Madrid son 15 241 VT y 2625 VTC (el año anterior eran 15.769 y 1.961), en Cataluña 11 875 VT y 864 VTC (frente a las 12 710 y 803 del año anterior); y en Andalucía 8678 VT y 1122 VTC (9.324 y 799 el año anterior). Datos del *Observatorio del transporte de viajeros por carretera. Oferta y Demanda*, del Ministerio de Fomento, enero de 2018. En la Comunidad de Madrid no es posible en la actualidad el otorgamiento de nuevas autorizaciones VTC al existir una situación de desequilibrio entre el número de estas y el de las de autotaxi (http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Tramite_FA&cid=1109168967756&definicion=Autorizacion%20Licencia%20Permiso%20Carne&pagename=ComunidadMadrid/Estructura&tipoServic io=CM_Tramite_FA).

58 Según la CNMC (nota de prensa de 2 de noviembre de 2018) el uso de las aplicaciones para desplazamientos en coche con conductor en el interior de las ciudades (como Uber o Cabify) se ha duplicado en los dos últimos años (pasando del 2,4 % al 5 %).

59 Unos meses antes, la Comunidad Autónoma de Cataluña había aprobado el Decreto-ley 5/2017, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la ordenación de los servicios de transporte de viajeros en vehículos hasta nueve plazas, que, en su art. 1, condicionaba la transmisión de las autorizaciones VTC domiciliadas en Cataluña al hecho de que el cedente hubiera sido titular de la misma por un período no inferior a dos años desde la fecha de otorgamiento efectivo de la autorización a su favor. No obstante, debe notarse que la STC 105/2018, de 4 de octubre, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de este precepto, que

vé la creación de una aplicación informativa para que los titulares de las autorizaciones VTC comuniquen la hoja de ruta por cada servicio, y así controlar que se utilizan habitualmente para atender necesidades en el territorio autonómico.

B. **La oposición de la CNMC a cualquier medida restrictiva: la impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa de las normas reglamentarias. La posición del Tribunal Supremo**

Desde hace tiempo la CNMC critica y combate las restricciones y limitaciones existentes en la prestación de servicios de transporte público en general y urbano en particular, abogando por la supresión de cualquier restricción para que rija la libre competencia y la libertad de acceso al mercado[60]. En esta misma línea, y previa formulación de requerimiento de anulación al Ministerio de Fomento

no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, por la falta de competencia de la Comunidad para regular el régimen de unas autorizaciones que, al habilitar para realizar transporte por todo el territorio nacional, entran de lleno en la competencia del Estado del art. 149.1.21º de la Constitución, y la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable, delegó la relativa al otorgamiento de las autorizaciones pero no «incluye la competencia de la Generalitat de Cataluña para dictar una norma que innove el régimen jurídico de las autorizaciones de transporte, en un aspecto relevante como es, en este caso, la prohibición temporal de transmisión de las autorizaciones». Tampoco puede entenderse que esta regulación forme parte de la potestad normativa de ejecución ni que exista una específica previsión en la legislación estatal que ofrezca amparo al ejercicio de la potestad normativa autonómica en este punto.

60 Para la CNMC la supresión de las restricciones en este segmento del mercado generaría amplios beneficios a los ciudadanos que podrían disfrutar de mejores servicios, con precios más competitivos y de mayor calidad que, además, se potenciarían con los nuevos mecanismos de relación de la economía colaborativa. Por eso, en el *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, de 2016, la CNMC recomienda la eliminación de las restricciones innecesarias de acceso al mercado de taxi y de VTC, en concreto cualquiera que suponga la imposición de un numerus clausus a la oferta, los límites en el ámbito territorial de las licencias, entre otras, a juicio de la Comisión, injustificadas o desproporcionadas en el ejercicio de la actividad como los requisitos de calidad y seguridad, los horarios obligatorios, la limitación del número de licencias por persona, la prohibición de conductores distintos al titular de la licencia, la autorización administrativa por vehículo para la realización de la actividad de VTC, la obligatoriedad de que los vehículos VTC deban ser contratados previamente para poder circular y no puedan circular por las vías públicas en busca de clientes, entre otras. También defiende la supresión de las tarifas reguladas en el sector del taxi, permitiendo la existencia de precios libres que se ajusten a las circunstancias del mercado. Se reitera así la posición defendida por la CNMC en anteriores informes como he analizado con cierto detalle en CARBONELL PORRAS, E.: «Competencia...», *cit.*, pp. 80 y ss.; y «El arrendamiento...», *cit.*, pp. 1731 y ss.

que no fue atendido, impugnó ante la jurisdicción contencioso-administrativa el Real Decreto 1057/2015 por el procedimiento especial en defensa de la unidad de mercado, que se resuelve en la sentencia 921/2018, de 4 de junio[61]. En la misma, el Tribunal Supremo realiza un análisis detenido de la sucesión de modificaciones legales y reglamentarias en esta materia y de su interpretación jurisprudencial, así como de los parámetros para revisar la legalidad del Real Decreto impugnado tanto desde la LOTT como desde la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que, sin duda, resulta también aplicable. Con este planteamiento, el Tribunal Supremo estima el recurso en relación con la exigencia de una flota mínima de siete vehículos, pues excluye a pequeños empresarios sin que exista una razón de interés general o de necesidad que la justifique. Sin embargo, desestima el resto de las pretensiones, en particular las relativas a las restricciones cuantitativas a las autorizaciones de vehículos con conductor (proporción 1/30 en el número de licencias VTC/taxis o regla de la proporcionalidad) y a los límites en el ámbito territorial de prestación de servicios (regla de la habituabilidad). El Tribunal Supremo considera que tales medidas tienen como objetivo mantener un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano, garantizando el mantenimiento del servicio de taxis como un servicio de interés general, y, por tanto, amparadas en la razón imperiosa de interés general de asegurar el modelo de transporte urbano. Por estas mismas razones, no considera ilegal exigir que los servicios VTC deban ser contratados antes de su inicio, ni la prohibición de que puedan circular por las vías públicas buscando clientes.

De esta forma, esta sentencia rechaza expresamente la concepción de la CNMC de que el interés público en este asunto esté indefectiblemente ligado a la plena desregulación de ambas modalidades de servicio de transporte urbano para que compitan entre sí, con exclusión de cualquier tipo de control regulatorio destinado a asegurar el equilibrio entre ambos o el sometimiento a determinadas exigencias de calidad y seguridad. Por el contrario, afirma el Tribunal Supremo:

> Los poderes públicos pueden optar entre el modelo vigente de asegurar un servicio de taxi con dichas características (en cuyo caso tal opción puede admitirse como una razón imperiosa de interés general) o bien dejar el transporte urbano sometido exclusivamente a la libre competencia: la opción escogida constituye una

61 La sentencia —RC 2018\152614– resuelve el recurso 1/438/2017. En el proceso también intervienen como demandantes las empresas de VTC (Uber BV, Unauto VTC y Maxi Mobility Spain, que gestiona Cabify) y como demandadas diferentes asociaciones de taxis, Administraciones Públicas y, curiosamente, también la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital), aunque no formuló la demanda.

decisión de política sobre el transporte urbano cuyo límite está configurado por la necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio de las medidas regulatorias impuestas.

El enfrentamiento ante los Tribunales de la CNMC con el Gobierno no termina aquí[62]; también ha recurrido el Real Decreto 1076/2017, solicitando además su suspensión, aunque no lo ha acordado así el Tribunal Supremo[63].

C. **La respuesta del Gobierno: la aprobación de dos Reales Decretos-leyes**

La combativa posición de la CNMC impugnado los reglamentos de 2015 y 2017 motivan la aprobación del Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, que incorpo-

62 El 13 de febrero de 2018, la CNMC acuerda requerir al Consejo de Ministros para que derogue este reglamento (nota de prensa de 27 de febrero de 2018 disponible en https://www.cnmc.es/ notas-de-prensa), invocando su informe, de 30 de noviembre de 2017, –PRO/CNMC/003/17– sobre el proyecto de reglamento. La CNMC considera que la prohibición de comercializar con las autorizaciones VTC desincentiva que nuevas empresas entren en el mercado, ya que limita su capacidad de abandonarlo en ese tiempo y «limita la liquidez del mercado secundario de licencias, cuya función es facilitar que haya más empresas en el mercado; respecto de la obligación de comunicar los datos al registro, la CNMC entiende que supone una barrera a la movilidad geográfica de las compañías VTC, tanto por la exhaustividad de la información que se les requiere como por la exigencia de comunicación del viaje antes de que lo realicen. A su juicio, no se aprecian motivos que justifiquen la creación de un registro a escala nacional donde deban figurar singularmente cada uno de los servicios prestados por cada operador antes de que se realicen. Se trata de un control administrativo de la actividad que podría perfectamente realizarse a posteriori.

63 El Auto del Tribunal Supremo de 40 de mayo de 2018 –(JUR 2018\158246), dictado en el recurso contencioso-administrativo 213/2018– deniega la suspensión solicitada como ya había hecho mediante Auto de 21 de marzo de 2018 (recurso contencioso-administrativo 91/2018) ante la medida cautelar solicitada por Uber. El Tribunal Supremo indica, entre otras cosas, que «tanto en lo que se refiere a la prohibición temporal de transmisión de licencias como en lo relativo a la obligación de comunicar electrónicamente los datos relativos a cada servicio, no ha quedado justificado que la medida cautelar que se pretende sea más necesaria o conveniente para el interés general de los consumidores que lo que pueda serlo el cumplimiento de tales medidas [....] Tampoco cabe afirmar [...] que, de no acordarse la suspensión, el recurso perdería su finalidad legítima, pues no ha quedado justificado (sino meramente alegado) que el cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto en esas dos facetas a que se refiere la controversia pueda acarrear consecuencias económicas irreversibles o de difícil reparación. En fin, la afirmación de que la adopción de la medida cautelar no generaría afección grave a intereses de terceros no pasa de ser un mero alegato de la parte que pretende la suspensión, contradicho, por lo demás, por lo manifestado por las entidades representativas del sector del taxi personadas en las actuaciones». Finalizada la redacción de este artículo (enero de 2019) no se ha dictado la sentencia resolviendo este recurso contencioso-administrativo.

rar a la LOTT las reglas de la proporcionalidad y de la habituabilidad que, como hemos visto, se recuperaron mediante reglamento en 2015[64]:

Por un lado, el nuevo apdo. 3 del art. 48.3 LOTT dispone que, para mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de autorizaciones VT y VTC, podrán denegarse nuevas autorizaciones VTC cuando la proporción entre el número de las existentes en el territorio de la Comunidad Autónoma en que pretendan domiciliarse y las autorizaciones VT domiciliadas en el mismo territorio «sea superior a una de aquellas por cada treinta de estas». Esta regla podrá modificarse por las Comunidades Autónoma por delegación del Estado, «siempre que la que apliquen sea menos restrictiva que esa.».

Por otro lado, se añade un nuevo apdo. 2 al art. 91 LOTT para exigir que los vehículos con autorización VTC desarrollen su actividad habitualmente en el territorio autonómico, y así se entenderá que ocurre «cuando el veinte por ciento o más de los servicios realizados con ese vehículo dentro de un período de tres meses no haya discurrido, ni siquiera parcialmente, por dicho territorio».

En realidad, este Real Decreto-ley no introduce cambios sustantivos; se limita a elevar el rango normativo de los anteriores preceptos reglamentarios. No sucede igual con el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, que sí implica un nuevo planteamiento[65]. Según reconoce el Real Decreto-ley persigue aproximar las regulaciones aplicables al taxi y al arrendamiento del conductor. Para ello, se introducen modificaciones en el régimen jurídico de este último desde el punto de vista competencial, y se aconseja que en paralelo se avance en la revisión de las normas aplicables al sector del taxi, tarea que corresponde a las Comunidades Autónomas y sobre todo a los Municipios.

El taxi requiere, como se indicó, una licencia municipal para el transporte urbano y la autorización VT para realizar transporte interurbano, que generalmente se concederá solamente a los que cuenten con la primera; además, los servicios deben iniciarse en el término municipal en el que está domiciliada la autorización, lugar en el que deben recogerse a los pasajeros. No obstante, cabe el establecimiento de áreas territoriales de prestación conjunta en las zonas en

64 La extraordinaria y urgente necesidad se justifica en la necesidad de dotar de mayor seguridad jurídica las medidas reguladoras de la concurrencia del servicio de taxi y el arrendamiento con conductor, ante el exponencial crecimiento de las autorizaciones VTC. La Resolución de 10 de mayo de 2018, del Congreso de los Diputados, ordena la publicación del Acuerdo de convalidación (*BOE* de 24 de mayo).

65 El Consejo de los Diputados ha convalidado este Real Decreto-ley según la resolución de 25 de octubre de 2018 (*BOE* de 6 de noviembre).

las que existe interacción o influencia recíproca entre los servicios de varios municipios en las que podrán realizarse servicios urbanos e interurbanos, incluso si excede o se inicia fuera del término municipal en el que esté residenciado el vehículo. También podrán prestarse servicios fuera del término municipal para atender los desplazamientos de los ciudadanos en puntos específicos como puertos, aeropuertos, estaciones ferroviarias, de autobuses o marítimas y similares con una gran demanda (arts. 123 a 127 ROTT). En esta misma línea, se orienta la reforma de la LOTT que lleva a cabo el Real Decreto-ley 13/2018 pero en relación con las autorizaciones VTC, con un planteamiento general que podría considerarse correcto pero que llega excesivamente tarde.

En efecto, la principal novedad del Real Decreto-ley 13/2018 radica en limitar la prestación de servicios al amparo de las autorizaciones VTC al transporte interurbano. De esta forma, la regla general que establece que las autorizaciones de transporte público habilitan para realizar servicios en todo el territorio nacional sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio, no resulta aplicable a las dos modalidades de transporte público en vehículos turismo, el que presta el taxi y el del arrendamiento con conductor. Así lo establece la nueva redacción del art. 91.1 LOTT que, además, precisa que un transporte es interurbano cuando rebasa el territorio de un único término municipal o zona de prestación conjunta de servicios de transporte público urbano. Respecto de los servicios prestados al amparo de las autorizaciones VTC, el nuevo apdo. 2 del art. 91 LOTT puntualiza que deben iniciarse en el territorio de la Comunidad Autónoma en la que esté domiciliada la autorización, entendiéndose que el origen o inicio se produce en el lugar de recogida efectiva de los pasajeros. Esta regla admite dos excepciones: la primera, para los servicios de recogida de viajeros en puertos y aeropuertos que hayan sido previa y expresamente contratados, que podrán ser prestados por vehículos con autorizaciones domiciliadas en otra Comunidad siempre que el destino del viaje sea dicha Comunidad. La segunda excepción tiene en cuenta la insuficiencia de autorizaciones VTC para atender un aumento coyuntural de la demanda de estos servicios en su territorio. En tal caso, podrá establecer, previo informe de los municipios afectados, un régimen específico que permita a los vehículos amparados en autorizaciones VTC domiciliados en otras Comunidades Autónomas realizar temporalmente servicios con origen en todo su territorio o en determinados puntos de este.

En realidad, el Real Decreto-ley 13/2018 está expropiando el derecho a prestar servicios por todo el territorio nacional y, por tanto, también estrictamente urbanos que se había reconocido al obtener las autorizaciones VTC conforme al régimen ahora modificado, y, por eso, fija un régimen transitorio que se califica de indemnización por todos los conceptos en la Disposición transitoria

única. Los vehículos que cuenten con autorizaciones VTC otorgadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley pueden continuar prestando servicios urbanos durante cuatro años, aplicándose la regla de la habitualidad que ahora se reproduce en la indicada Disposición. Quién considere que este período transitorio no es suficiente compensación por la pérdida del derecho a realizar transporte exclusivamente urbano podrá solicitar una indemnización complementaria, que consistirá en una ampliación del plazo de habilitación temporal para prestar servicios urbanos[66].

Por último, se habilita a las Comunidades Autónomas para modificar las condiciones en las que los vehículos VTC puede prestar servicio según el art. 182.1 ROTT (exigencia de la previa contratación del servicio e imposibilidad de circular en busca de clientes ni de propiciar su captación permaneciendo estacionados) en los términos de la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley: la regulación autonómica sólo podrá afectar a los servicios cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el respectivo ámbito territorial, podrá referirse a las condiciones de precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo; y deberá estar orientada a mejorar la gestión de la movilidad interior de viajeros o a garantizar el efectivo control de las condiciones de prestación de los servicios, respetando los criterios de proporcionalidad establecidos en la normativa vigente. De esta forma, el Real Decreto-ley 13/2018 dota de contenido la facultad accesoria prevista en el art. 14 de la Ley Orgánica 5/1987, respecto de la delegación de la potestad normativa de ejecución o desarrollo de las normas estatales, «siempre que dichas normas prevean expresamente dicha ejecución o desarrollo por las Comunidades Autónomas»[67]. En todo caso quedan a salvo las competencias que, de acuerdo con la normativa de cada Comunidad Autónoma, corresponde a las Entidades locales en orden al establecimiento o modificación efectiva de las condiciones de prestación del servicio al amparo de las autorizaciones VTC en relación con los servicios que discurren íntegramente dentro de su ámbito territorial. Del mismo modo,

66 La solicitud de autorización complementaria se presentará por cada una de las autorizaciones VTC, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley, justificando que el periodo para la amortización de la inversión realizada es superior a cuatro años. Si así lo entiende también la Dirección General de Transportes del Ministerio de Fomento, la indemnización complementaria consistirá en una ampliación de la habilitación temporal para realizar transporte urbano, que sólo excepcionalmente podrá ser superior a dos años, contados a partir de la finalización del plazo general de cuatro años.

67 Recordemos que la STC 105/2018 declaró la incompetencia de Cataluña para innovar el régimen jurídico de las autorizaciones VTC.

los servicios de transporte urbano que se presten están sujetos a todas las determinaciones y limitaciones que establezca el Municipio en el ejercicio de sus competencias sobre utilización del dominio público viario, gestión del tráfico urbano, protección del medio ambiente y prevención de la contaminación atmosférica; especialmente en materia de estacionamiento, horarios y calendarios de servicio o restricciones a la circulación por razones de contaminación atmosférica[68]. De esta forma, se reivindican las competencias de los Municipios en materia de tráfico y circulación y de ordenación de los transportes realizados dentro de sus términos municipales, que no habían sido consideradas por el legislador, con la indiferencia de los Municipios escasamente combativos al respecto.

3. Un problema de ordenación del transporte, no de economía colaborativa

Ha sido usual vincular el enfrentamiento entre los taxis y las autorizaciones VTC con las plataformas digitales como son Uber y Cabify, y, por eso, se incluyen en un estudio sobre movilidad colaborativa. Sin embargo, a mi juicio, este es un enfoque sumamente limitado, que parte de una idea de economía colaborativa tan amplia como inútil. En esta línea es ilustrativa la opinión del Abogado General Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, en la cuestión prejudicial antes analizada que, en el considerando 42 de sus conclusiones de 12 de mayo de 2017, afirma:

> Es habitual calificar a Uber de empresa (o plataforma) perteneciente a la economía llamada «colaborativa». Me parece inútil debatir aquí el significado exacto de este término. Lo que importa en relación con Uber es que claramente no puede considerársela una plataforma de uso compartido de vehículos. En efecto, en el marco de esta plataforma los conductores proponen a los pasajeros un servicio de transporte a un destino elegido por el pasajero, y, por ello, se les abona un importe que excede ampliamente el mero reembolso de los gastos realizados. Se trata por tanto

68 Ultimada la redacción de este estudio, Cataluña hace uso de esta habilitación y aprueba el Decreto Ley 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor, que modifica las leyes 121987, de 28 de mayo, de regulación del transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de motor, y Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona. Entre otras cosas, dispone que debe transcurrir un intervalo de tiempo mínimo de 15 minutos, entre la contratación y la prestación efectiva del servicio; y prohíbe, al considerar que propicia la captación de viajeros, la geolocalización que permitía a los usuarios ubicar los vehículos antes de la contratación. Las Entidades Locales, no obstante, podrán aumentar el tiempo de precontratación.

de un servicio de transporte clásico. A efectos de su calificación a la luz de la normativa en vigor, carece de incidencia que se considere o no que forma parte de una «economía colaborativa».

La tecnología permite conectar al prestador del servicio de transporte público con el usuario de una forma más ágil, rápida y eficaz que el teléfono. La descarga de una aplicación en el móvil facilita localizar al vehículo de transporte público más cercano y efectuar el pago del servicio al conductor, con independencia de que se actúe al amparo de una licencia de taxi o de una autorización de arrendamiento con conductor. La naturaleza jurídica de la plataforma digital que facilita esos servicios será la propia de un servicio de la sociedad de la información si se limita a poner en contacto a oferentes y demandantes lo que no siempre resulta de fácil comprobación. Si interviene en el transporte, si ejerce una influencia decisiva en cómo se presta el servicio debe tratarse como una plataforma en el ámbito de los servicios de transporte y, consecuentemente, respetar la normativa que ordena este sector, como ha puesto de relieve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y este análisis debe realizarse con independencia de la concreta modalidad de servicio de transporte que materialmente se preste, o de las dificultades para comprobar la actividad real de la plataforma y, si efectivamente, es una plataforma de doble cara. De hecho, también el taxi puede beneficiarse de la tecnología y ofertar sus servicios en una plataforma digital en la que contacte con los demandantes.

Hace tiempo que un taxi puede solicitarse y reservarse por internet y mediante aplicaciones de móvil, como PideTaxi, que depende de la Asociación de Radio Taxi de España. Merece especial atención MyTaxi que se funda en Alemania en 2009 por iniciativa de la empresa de automóviles Daimler y en enero de 2019 está presente en cinco ciudades españolas (Barcelona, Madrid, Sevilla, Valencia y Málaga). Es una plataforma que pone en contacto a los taxistas, previamente registrados, con los usuarios mediante una aplicación en el móvil. El servicio de taxi se presta conforme a la reglamentación legamente aplicable en cada ciudad, incluidas las tarifas municipales. El modelo de negocio de MyTaxi se basa en una comisión de 0,99 euros por cada viaje realizado con éxito y una comisión del 1,9 % sobre el importe total del trayecto en caso de que se pague a través de la aplicación, más 9 céntimos de transacción. El servicio es gratuito para los pasajeros, de modo que esos importes son abonados íntegramente por los taxistas. MyTaxi realiza periódicamente campañas de fidelización de clientes, en las que bonifica parcialmente, con cargo a sus propios recursos, el importe final que deben abonar los pasajeros por la prestación del servicio de transporte. Estas bonificaciones motivaron que MyTaxi fuera denunciada por competencia desleal por los propios taxistas, aunque no lo entiende así la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 19

de junio de 2018[69]. El taxista registrado cobra la tarifa legalmente establecida, aunque MyTaxi haya otorgado alguna bonificación al pasajero en desarrollo de su política de fidelización; y el servicio de mediación que presta no está sujeto a tarifas. Por ello, la sentencia señala que:

> La aplicación de esas campañas de marketing puede llegar a tener el impacto que la actora teme: [...] que muden los usos en el mercado, de modo que el pasajero de taxi utilice habitualmente la aplicación de la demandada o cualquier otra semejante en lugar de «parar un taxi en la calle o en la parada» de manera más o menos espontánea. Pero nada de eso determina un abaratamiento de los costes del servicio, en la medida en que no interfiere en la fijación de la tarifa aplicable, sino que únicamente puede llegar a determinar que, para los profesionales del taxi, que deberían permanecer siempre atentos y sensibles a las nuevas posibilidades tecnológicas y a ciertos cambios en la modulación de la demanda, resulte más o menos atractivo recurrir a los servicios de mediación de la demandada o de sus competidores.

Por lo anterior, MyTaxi puede considerarse una plataforma que presta un servicio de la sociedad de la información, y no de transporte. Similar al que presta radio-taxi: el servicio de transporte lo realiza el taxista con sujeción a la normativa que le resulta de aplicación, incluido el cobro por el servicio prestado conforme a las tarifas preestablecidas. Recientemente, la plataforma Cabify ha ofrecido a los taxistas que se registren y puedan obtener las ventajas de su servicio de intermediación con los potenciales usuarios. En tal caso, Cabify sí está prestando un servicio de la sociedad de la información, y no de transporte.

El enfrentamiento entre las empresas que prestan servicios con vehículos con autorización VTC con los tradicionales taxis surgen en cuanto ambos compiten en el mismo segmento del mercado de transporte de viajeros: el de los servicios de carácter urbano. A mi juicio, el que se contacte por teléfono, en la página web de la empresa o con cualquier otra aplicación tecnológica no es relevante siempre que la plataforma digital intervenga en la prestación del servicio. La supresión de los límites y restricciones tanto en el taxi como en las autorizaciones VTC de forma generalizada y sin valorar todos los aspectos de un

69 (JUR\2018\179674), procedimiento 198/2017 (ECLI:ES:JMB:2018:1090). Cataluña cuenta con el Decreto 314/2016, de 8 de noviembre, por el que se determinan las condiciones específicas de contratación y comercialización de servicios de taxi y el régimen jurídico de la actividad de mediación. Según su art. 1 «se entiende por actividad de mediación la prestación de servicio en la contratación y la comercialización de servicios de taxi urbano e interurbano según los define el artículo 2 de Ley 19/2003, de 4 de julio, del taxi, ya sea mediante emisoras de radiofrecuencia, sistemas de telefonía, aplicaciones informáticas para dispositivos fijos o móviles, u otros sistemas análogos».

problema sumamente complejo como defiende la CNMC puede suponer un riesgo para las necesidades de desplazamiento de las personas. Y son muchas las cuestiones que deben considerarse: la necesidad de un turismo que preste un servicio de transporte a demanda del usuario no es idéntica en las ciudades con población media/alta y en las aglomeraciones urbanas que en las ciudades con menor población y de ámbito más rural; en el taxi predomina el trabajador autónomo (consecuencia de la idea una licencia, un vehículo y un conductor, que consagran algunas normas) mientras que el arrendamiento con conductor lo usual son empresas que cuentan con numerosos vehículos no necesariamente adscritos a concretos conductores; el servicio de taxi está sujeto a tarifas municipales, calculadas con el taxímetro, o incluso con un precio fijo como ocurre en los traslados al aeropuerto, y nada de esto está asegurado en los vehículos VTC, aunque las aplicaciones digitales te informen del precio del trayecto; es cierto que hoy día el precio de un servicio en las grandes ciudades (no así en las de tipo medio ni en épocas de alta demanda como con ocasión de las huelgas de taxi) con vehículos VTC es más barato que el del taxi pero habría que indagar si efectivamente se cubre el coste del servicio o se trata de un abaratamiento ficticio con la finalidad de aumentar su cuota de mercado frente al taxi que, por el momento, no puede determinar libremente el precio del servicio[70]; el taxi está sometido a una intensa normativa, con independencia de que no siempre se respete, pero la regulación de arrendamiento con conductor es escasa, entre otras diferencias; y, lo que en mi opinión, ha sido particularmente grave, en las autorizaciones VTC no interviene el municipio, aunque podían realizar transportes estrictamente urbanos. La CNMC, que tanto critica las restricciones y limitaciones en el transporte público, no ha tenido en cuenta estas variantes, limitándose a defender su supresión sin matices ni una adecuada valoración de la zona de

70 La resolución de la CNMC de 4 octubre 2018, Expte. S/DC/0616/17, acuerda que no procede la incoación de expediente sancionador contra Uber al no apreciar infracción de las reglas de la competencia ante la denuncia formulada por el Ayuntamiento de Madrid en relación con las ofertas que su página web realizaba para el traslado al aeropuerto por 15 o 29 euros, frente a la tarifa plana que aplica el taxi de 30 euros. La CNMC considera que no ha quedado acreditado que se trate de un supuesto de «venta por debajo del coste» y que, incluso si hubiese venta a pérdida, deberían concurrir determinadas condiciones para que la práctica pudiera considerarse competencia desleal como la fortaleza de la posición de mercado del que organiza la venta a pérdida, su carácter sistemático y continuado, la falta de toda justificación competitiva objetiva (liquidación de existencias, venta de rebajas, lanzamiento de una nueva prestación, la respuesta a una acción de un competidor) y la expulsión literal del mercado de un competidor o grupo de competidores. Por lo tanto, subraya la CNMC, «aunque el precio estuviera por debajo del coste, sólo excepcionalmente puede considerarse un acto de competencia desleal si concurre alguna de las circunstancias expresamente previstas en el citado artículo 17 LCD».

prestación del servicio, de si realmente se está prestando un servicio por un precio inferior al coste real, de las condiciones laborales de quienes conducen los vehículos VTC... Y todos estos factores entre otros muchos, deben tomarse en consideración para decidir qué condiciones y requisitos pueden ser suprimidos o modificados en una y otra modalidad y cuales deben mantenerse para asegurar las necesidades de desplazamiento de las personas. Así debería hacerse en el actual contexto normativo como anuncia el Real Decreto-ley 13/2018, que supone un nuevo planteamiento general, en el que deben con rigor qué limitaciones y restricciones en una y otra son susceptibles de ser eliminadas (por ejemplo, si con una autorización VTC no pueden realizarse servicios urbanos ¿tiene sentido mantener la regla de la proporcionalidad?); ¿existen razones que justifiquen la existencia de un mercado en la transmisión de las licencias de taxi?; ¿qué mejoras pueden introducir los Municipios o las Comunidades Autónomas teniendo en cuenta las necesidades de desplazamiento de los ciudadanos que no son siempre idénticas?...

VII. **BIBLIOGRAFÍA**

BARNÉS, J.: «Un falso dilema: Taxis vs. Uber», *Diario La Ley*, 8942 (2017).

BARRIO ANDRÉS, M.: «Breve comentario a la sentencia Uber: cómo regular los servicios compuestos o mixtos en la economía digital», *Diario La Ley*, 1, Sección Ciberderecho (4 de enero de 2018).

BOBOC, S.: «Uber ¿transportista o intermediaria en el transporte? El caso español», *Revista de Estudios Europeos*, 70 (2017).

- «BlaBlaCar: ¿un posible supuesto de incompetencia desleal? (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017)», *Revista de Derecho del Transporte*, 19 (2017).

BOTELLA CARRETERA, J.: *El régimen jurídico del servicio de auto-taxis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

CAÑIGUERAL BAGO, A.: *Vivir mejor con menos. Descubre las ventajas de la nueva economía colaborativa*, Titivillus, 2014.

CARBONELL PORRAS, E.: «Economía colaborativa: aproximación desde el Derecho a una noción confusa», en VV. AA.: *Los nuevos desafíos del Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor José Manuel Sala Arquer* (en prensa).

- «Movilidad colaborativa y servicios de transporte de personas: un análisis desde el Derecho Administrativo», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.): *Régimen jurídico del consumo colaborativo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/Thomson Reuters, 2019.
- «El arrendamiento de vehículos con conductor: servicio de transporte público y nuevas tecnologías», en PAREJO ALFONSO, L. / VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.): *Los retos del*

Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor a Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- «Competencia y mercado en el transporte en vehículos turismo ante el reto de las nuevas tecnologías», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 179 (2016).
- «La movilidad sostenible urbana, un planteamiento integral del desplazamiento de personas y cosas en las ciudades», BOIX PALOP, A. / MARZAL RAGA, R. (eds.): *Ciudad y movilidad. La regulación de la movilidad urbana sostenible*, Valencia, Universidad de Valencia, 2014.
- «Directiva de servicios y transportes terrestres», *Revista Aragonesa de Administración Pública: El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, núm. monográfico (F. López Ramón, dir.; E. Moreu Carbonell, coord.) (2010).
- «Transporte urbano y movilidad», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, Iustel, II, 2011.
- «El transporte público de viajeros», en PARADA VÁZQUEZ, R. / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (dirs.): *Las competencias locales*, , Madrid, Marcial Pons, 2007.
- *Los transportes urbanos*, con T. CANO CAMPOS, Madrid, Iustel, 2006.
- *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1993.

DOMENECH PASCUAL, G.: «La regulación de la economía colaborativa (el caso «Uber contra el taxi»)», *Revista CEFLEGAL. CEF*, 175-176 (2015).

- «El impacto de la economía colaborativa sobre la regulación del taxi», en PETIT LAVALL, Mª V. (dir.) / PUETZ, A. (coord.): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

FALCÓN Y TELLA, R.: «La tributación de UBER (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares)», *Revista Quincena Fiscal*, 13 (2014).

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. / MERCADER UGUINA, J.R.: «La prestación de servicios en las plataformas digitales: los casos de BlaBlaCar y Take Eat Easy», *Revista de Información Laboral*, 8 (2017).

GINÉS I FABRELLAS, A. / GÁLVEZ DURÁN, S.: «*Sharing economy vs. uber economy* y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des) protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *Indret*, 1 (2016).

GÓRRIZ LÓPEZ, C.: «Reflexiones sobre Uber a propósito de la decisión de la Court of Appeals for the Seventh Circuit», *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, 19 (2017).

GUILLÉN NAVARRO, N.A.: «El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 9, nueva época (2018).

GUIJARRO GONZÁLEZ, E.: «Limitaciones en las autorizaciones para el ejercicio de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC's)», *Revista Española de la Función Consultiva*, 24 (2015).

GUTIÉRREZ ARRANZ, R.: «Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EE UU», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 187 (2016).

LAGUNA DE PAZ, J.C.: «El papel de la regulación en la llamada economía colaborativa», *Revista de Estudios Europeos*, 70 (2017).

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: «Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (*carpooling* y *car sharing*): entre la economía colaborativa y la competencia desleal)», *Revista de Derecho Mercantil*, 296 (2015).

MACHANCOSES GARCÍA, E.: «Economía de plataforma en los servicios de transporte terrestre de pasajeros: Retos tributarios de la imposición directa sobre el usuario y la plataforma», *Revista Quincena Fiscal*, 15 (2017).

MIRANDA SERRANO, L.Mª: «Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales», *Revista de Estudios Europeos*, 70 (2017).

OLMEDO PERALTA, E.: «Liberalizar el transporte urbano de pasajeros para permitir la competencia más allá de taxis y VTC: una cuestión de política de la competencia», *Revista de Estudios Europeos*, 70 (2017).

QUINTANA LÓPEZ, T. / CASARES MARCOS, A.B.: «La distribución de competencias en materia de transporte terrestre entre Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, P. (dir.): *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y ferrocarril,* I, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2014.

PANIZA FULLANA, A.: «El caso Uber: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3 (2018).

PERTÍÑEZ VILCHES, F: «Las plataformas digitales de conexión entre pasajeros y conductores y su influencia en la organización de la prestación del servicio de transporte (o por qué puede ser distinto el caso «Uberpop» y el de «BlaBlaCar»)», *eXtoikos*, 19 (2017).

PETIT LAVALL, MªV.: «Economía colaborativa y transporte: el caso Uber», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 2 (2018).

PIZARRO NEVADO, R.: «El régimen jurídico-administrativo del consumo colaborativo general», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.): *Régimen jurídico del consumo colaborativo*, Cizur Menor, Aranzadi / Thomson Reuters, 2019.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo: Estudio a partir de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain SL», *La Ley. Unión Europea*, 57 (2018).

SOBRINO RUIZ, M.: «Economía colaborativa y transporte: el caso de la movilidad urbana», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 2 (2018).

TARRÉS VIVES, M.: «La «Ley ómnibus», el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor», en AGUDO I CUDOLÀ, V. / NOGUERA DE LA MUELA, B. (coords.): *El impacto de la Directiva servicios en las Administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Barcelona, Atelier, 2012.

- *La regulación del taxi (legislación autonómica y experiencias de Derecho Comparado)*, Barcelona, Atelier, 2006.

TIROLE, J.: *La economía del bien común*, Taurus, 2017 (trad. del original *Êconomie du bien commun,* Paris, Presses Universitaires de France, 2016).

TODOLI SIGNES, A.: «El impacto de la *uber economy* en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor*, 3 (2015).

VÁZQUEZ RUANO, T.: ««Economía colaborativa» y el transporte de personas», *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, 31 (2017).

VELASCO SAN PEDRO, L.A.: «El transporte colaborativo *hi et nunc*», *Revista de Estudios Europeos*, 70 (2017).

- «El consumo colaborativo en el transporte de personas», en PETIT LAVALL, MªV. (dir.) / PUETZ, A. (coord.): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

VV. AA.: *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (R. ALFONSO SÁNCHEZ y J. VALERO TORRIJOS, dirs.) Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

- *Fiscalidad de la economía colaborativa: especial mención a los sectores de alojamiento y transporte* (M. LUCAS DURÁN y C. GARCÍA-HERRERA BLANCO, dirs.; A. DEL BLANCO GARCÍA, coord.), Documentos de trabajo, 15/2017, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2017.
- *La regulación del transporte colaborativo* (A. BOIX PALOP, A.Mª de la ENCARNACIÓN y G. DOMENECH PASCUAL, eds.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas* (J.J. MONTERO PASCUAL, dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

El nuevo marco normativo de la protección de datos personales: su aplicación a las entidades locales

Rafael Jiménez Asensio

RESUMEN

Este estudio analiza el nuevo marco normativo en materia de protección de datos personales y su incidencia sobre el gobierno local. En particular, este trabajo tiene por objeto identificar cuáles son los elementos básicos del sistema de gestión de protección de datos personales que se deben implantar las Administraciones Locales como consecuencia de las reglas establecidas en el nuevo marco normativo (RGPD y LOPDGDD). Asimismo, se lleva a cabo un análisis crítico de algunas dificultades que presenta la implantación de ese sistema en determinados gobiernos locales y también se tratan críticamente aspectos relativos a la regulación realizada por el legislador interno.

Palabras clave: Protección de Datos personales, Administración Local, Delegado de Protección de Datos.

ABSTRACT

This study analyzes the new normative framework regarding the protection of personal data and its impact on local government. In particular, this work aims to identify what are the basic elements of the personal data protection management system that Local Administrations must implement as a result of the rules established in the new regulatory framework (RGPD and LOPDGDD). As well, a critical analysis of some difficulties presented by the implementation of this system in certain local governments is carried out, and aspects relating to the regulation carried out by the internal legislator are also critically treated.

Key words: Protection data rights, Local Government, Data Protection Officer.

SUMARIO

I. PRELIMINAR. **1**. El nuevo marco normativo del RGPD y de la LOPDGDD como cambio de paradigma. **2**. La nueva LOPDGDD: Ideas-fuerza del proceso de elaboración y del preámbulo. **II**. NUEVO SISTEMA DE GESTIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. **1**. Introducción. **2**. Responsables de tratamiento y Encargados de tratamiento: sus peculiaridades aplicativas en el ámbito del gobierno local. **3**. Registro de las Actividades de tratamiento. **4**. Seguridad de los datos personales. **5**. Análisis de riesgos. **6**. Evaluación de Impacto sobre la Protección de Datos. **7**. Delegado de Protección de Datos. **8**. Códigos de conducta y mecanismos de certificación. **9**. Autoridades de control independientes: Idea general. **10**. Régimen de responsabilidades y sanciones: Idea general. Aplicación al Sector Público. **11**. Otras cuestiones: Situaciones específicas de tratamiento. Transparencia y protección de datos personales. **III**. BREVES CONCLUSIONES.

I. PRELIMINAR

1. El nuevo marco normativo del RGPD y de la LOPDGDD como cambio de paradigma

La nota distintiva del actual marco normativo, comprendido por el binomio RGPD/LOPDGDD frente al anteriormente existente (Directiva-LOPD) reside en que el nuevo modelo transita *desde un planteamiento reactivo a otro proactivo o centrado en el «enfoque de riesgos»*. Ese cambio de filosofía de la nueva regulación europea está perfectamente descrito en los Considerandos del RGPD, así como se refleja tangencialmente en diferentes disposiciones normativas de ese Reglamento europeo. El preámbulo de la LOPDGDD se hace eco perfectamente de este nuevo enfoque y de ese tránsito citado como se verá de inmediato.

Las razones de ese tránsito en la concepción del problema tienen que ver con dos factores sustantivos:

a) La posición dominante de las grandes compañías tecnológicas que tienen una posición de cuasi monopolio en todo lo que afecta a los datos personales con un volumen de información cada vez más abrumador, lo que puede tener serias consecuencias sobre los derechos de la persona y la propia subsistencia del Estado democrático tal como lo hemos concebido tradicionalmente;

b) El acelerado e incierto desarrollo tecnológico que, basado en el dato personal y en los algoritmos, está inaugurando una nueva revolución tecnológica de resultados altamente inciertos, un contexto que exige incidir especialmente en la prevención o en el denominado «enfoque de riesgos»,

> algo que obligará también a las Administraciones Locales (en cuanto organizaciones que tratan gran cantidad de datos personales y algunas veces datos de carácter sensible) a establecer un registro de actividades de tratamiento, incrementar las medidas de seguridad dirigidas a proteger los derechos fundamentales de las personas que sean titulares de esos datos, así como a llevar a cabo una serie de análisis de riesgos y, en su caso, evaluaciones de impacto de protección de datos, aparte de dotarse de una arquitectura organizativa dirigida a cumplir esos fines establecidos por el Reglamento (funciones de los responsables y encargados del tratamiento; la figura del Delegado de Protección de Datos; Códigos de Conducta y mecanismos de certificación; el papel de las autoridades de control; etc.). Todo ello se regula minuciosamente en el RGPD y en la LOPDGDD.

En cierta medida se puede afirmar que se traslada a la protección de datos de carácter personal (aunque con algunas limitaciones, según se verá) el esquema propio de la *política de compliance*, en el que la dimensión preventiva o anticipadora es una de las claves de bóveda del modelo que se pretende construir. Ante la más que evidente incertidumbre que plantea el desarrollo tecnológico, el binomio normativo RGPD/LOPDGDD transmite la idea de que se debe estar siempre alerta, también en el ámbito de lo público, con el fin de evitar todas esas intromisiones y afectaciones sobre el derecho de protección de datos personales y el resto de los derechos fundamentales, que se puedan ver involucrados por conexión o consecuencia.

Como se ha venido reconociendo, también por la Agencia Española de Protección de Datos (Informe sobre el anteproyecto de LOPD), en verdad con este nuevo marco normativo impulsado por el RGPD se ha producido un *auténtico cambio de paradigma* en el modo y manera de gestionar los datos personales con innegables consecuencias, no solo presentes sino sobre todo futuras. Se puede afirmar, sin riesgo a equivocarse que el RGPD es una disposición normativa que afronta una regulación con vistas a resolver problemas inmediatos, pero que se dota de los instrumentos necesarios para enfrentarse a los innumerables retos e incertidumbres que se abren en el futuro, también en el sector público.

Pero el RGPD se enmarca en un contexto ineludible de economía digital, en la que el dato es el elemento sustantivo. Y no pretende, en ningún caso, obstaculizar ese desarrollo. A tal efecto, uno de los objetivos del RGPD es también establecer «las normas relativas a la libre circulación de datos personales». Por tanto, como también prevé el art. 1.3 RGPD: «la libre circulación de los datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados son la protección de las personas físicas en lo que respecta a la protección de datos personales».

Ambas ideas citadas tienen perfecto reflejo en los Considerandos 7 y 101 del RGPD. La Unión Europea ha sido la primera instancia que se ha inclinado por una regulación «regional» (superando así el estrecho marco de actuación estatal) de la protección de datos personales y por exigir a todas esas grandes empresas tecnológicas (así como al resto de sujetos obligados, entre ellos a las Administraciones Públicas) el cumplimiento de una exigente normativa.

El nuevo marco normativo se asienta sobre una serie de principios que todos los responsables y encargados del tratamiento deben respetar, algunos de tales principios han sido redefinidos. Y, junto a tales principios, se ha configurado un nuevo catálogo ampliado de dimensiones de derechos específicos vinculados con ese *derecho racimo* que es la protección de datos personales. El dato importante a nuestros efectos es que tales derechos deberán ser garantizados en su ejercicio a las personas físicas por las Administraciones Públicas. También hay nuevas facetas de tales derechos (derecho a la limitación de los tratamientos, derechos a la portabilidad de datos o derecho al olvido) y redefinición de algunos otros de ellos. La Sentencia del TJUE de 2014 (Google contra España) tuvo en este punto importancia destacable, al menos para impulsar ese denominado «derecho al olvido», una redefinición del derecho a la cancelación de datos personales, ya existente. La LOPDGDD ha ido incluso más lejos al regular dentro de ese texto normativo unos denominados *derechos digitales* que tienen una conexión relativa con el real objeto de la norma jurídica, que es la protección de datos personales, e inclusive pueden llamar a cierta confusión. Sobre ellos nos detendremos brevemente más adelante.

La Administración Local, a través de los responsables y encargados del tratamiento, debe cumplir fielmente los principios relativos al tratamiento, debiendo informar toda la actuación pública en cualquier tratamiento de datos personales (art. 5 RGPD) y, especialmente, teniendo en cuenta la «base jurídica» o «licitud del tratamiento», sea esta el consentimiento del interesado o afectado, en los términos que se recogen en el citado RGPD. Aunque en el ámbito de las Administraciones Públicas, como veremos, la propia Agencia Española de Protección de Datos pone en cuestión que el consentimiento del afectado sea una base legítima de tratamiento en el sector público. Por tanto, de aceptarse esta tesis, solo el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable de tratamiento o, en su caso, el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de los poderes públicos conferidos al responsable de tratamiento (art. 6 RGPD, letras c) y e), serían bases jurídicas del tratamiento de datos en las Administraciones Públicas. Aspectos estos últimos determinantes para que la Administración Pública pueda tratar legítimamente los datos personales.

Con ser importante esa cuestión, en el campo de la Administración Local resulta trascendental la articulación a través del RGPD y de la LOPDGDD de

una serie de elementos perfectamente estructurados que tienden a salvaguardar la orientación principal de esa normativa: prevenir riesgos futuros en el tratamiento de datos personales.

En verdad, el binomio normativo RGPD/LOPDGDD combina acertadamente instrumentos de gestión de protección de datos basados en ese enfoque de riesgos, con una redefinición del modelo institucional que fortalece el papel de las autoridades de control y articula un conjunto de medidas sancionadoras con fuerte componente de disuasión para evitar la erosión de los derechos fundamentales de la persona física a través del tratamiento de datos personales. Si bien cabe constatar que, al menos en la adaptación llevada a cabo por el legislador orgánico de las previsiones del RGPD, tales medidas sancionadoras se diluyen casi completamente cuando de aplicarlas a las Administraciones Locales y a sus entidades del sector público se trata, tal como ha quedado regulado el art. 77 de la LOPDGDD. Este último precepto sigue la línea de tendencia de la anterior LOPD de 1999, como si nada hubiera cambiado ni en el contexto ni el futuro de esta importante materia.

En esta lógica preventiva se enmarcan diferentes instrumentos o instituciones que se articulan dentro de lo que se podría denominar como un nuevo modelo institucional y de gestión de las protección de datos en las organizaciones públicas, que descansa principalmente sobre una serie de ejes de la configuración del sistema de protección de datos a partir del binomio normativo RGDP/LOPDGDD.

Este nuevo modelo de gestión de protección de datos debe ser seguido fielmente por parte de las Administraciones Públicas y por las entidades de su sector público, puesto que en este caso todos y cada uno de esos elementos (con algunas singularidades tales como la necesidad de llevar a cabo evaluaciones de impacto, las excepciones en los supuestos del régimen se supervisión de códigos de conducta o las derivadas en materia de el régimen específico de sanciones que se pueda definir, entre otras) se aplican también a las organizaciones públicas

Elementos del nuevo modelo de gestión de datos personales en las Administraciones Públicas

1. Nuevo rol o nuevo marco de responsabilidades del responsable y, particularmente, del encargado del tratamiento de datos. Particularmente todo lo relativo a la protección de datos desde el diseño y por defecto.

2. Registro de las actividades de tratamiento. Instrumento de obligada existencia, con unas excepciones muy tasadas.

3. Medidas de Seguridad y, en particular, obligaciones específicas vinculadas con la seguridad (*breach data*)

4. Análisis de Riesgos en el tratamiento.

5. Evaluación de impacto de aquellas operaciones de tratamiento que lo exijan.

6. Implantación de la figura del Delegado de Protección de Datos (preceptiva en las Administraciones Públicas)

7. Códigos de conducta.

8. Mecanismos de certificación

9. Reforzamiento del papel de las autoridades de control (AEPD/AVPD/adpCAT) en su diseño institucional, en sus funciones y en sus poderes.

10. Régimen de responsabilidad y sanciones (con modulaciones importantes en su aplicación a las Administraciones Públicas, de conformidad con lo establecido en el art. 77 LOPDGDD)

Todos y cada uno de los elementos o ejes de ese Nuevo Modelo de Gestión de Protección de Datos Personales deben ser puestos en marcha, con distinta intensidad como se decía, por todas y cada una de las Administraciones Públicas y por las entidades de su sector público (con las matizaciones que se harán en su momento). Sin duda, el reto es importante. Y no cabe orillar que el proceso de adaptación de las estructuras organizativas de las Administraciones Locales y de sus entidades del sector público será lento y gradual, más aún cuando los incentivos para ese proceso de adaptación son pocos y las sanciones enormemente blandas, lo que puede generar aplicaciones lentas o, incluso, poco efectivas en el sector público. Especialmente complejo será ese proceso de cambio en los municipios o entidades locales que no dispongan de capacidad de gestión o de recursos al efecto. Hay, como se señala luego una suerte de ficción a la hora de considerar que cualquier «organismo o autoridad pública» está en condiciones de llevar a cabo semejante adaptación en los plazos que marca la legislación vigente.

En verdad, la adaptación de la gestión de protección de datos al nuevo modelo dibujado por el RGPD debería implicar, en primer lugar, la interiorización de cuál es la visión y sentido de ese binomio normativo (qué pretende y por qué), así como, en segundo plano, un cambio de cultura organizativa y algunas modificaciones estructurales de importancia, como también dedicar recursos tanto personales como materiales, tecnológicos y financieros, a esa finalidad. Algo que, insistimos, no resultará fácil en las entidades locales de pequeñas o medianas dimensiones.

En cualquier caso, este Modelo de Gestión de Protección de Datos se tendrá que ir desarrollando paulatinamente, pues no cabe prever que a corto plazo de produzcan cambios sustantivos en el modo y manera de tratar los datos personales por las Administraciones Locales (menos aún por lo ya expuesto: las obligaciones de implantar el nuevo modelo en el sector público no vienen

acompañadas de las exigencias sancionadoras que se aplican al sector privado). El cambio de modelo es tan radical que convendrá hacer una prudente digestión (y aplicación gradual, pero persistente) de sus innovadores elementos. Tal vez, como se dirá al final, el acelerado desarrollo de las tres oleadas de la revolución tecnológica (digitalización, automatización e Inteligencia Artificial) seguramente irán incorporado gradualmente a las Administraciones Públicas esa necesaria presión para hacer frente a tan importantes y complejos retos, que se materializarán, como expone el propio RGPD (art. 25.1) en «los *riesgos de diversa probabilidad y gravedad* (que efectivamente se puedan ir produciendo) para los derechos y libertades de las personas físicas». También la Administración Locales y el conjunto del sector público deben impulsar de modo efectivo el desarrollo de la economía digital, pero asimismo deben salvaguardar la protección de datos personales y su adecuada utilización de conformidad con lo establecido en el RGPD y en la LOPDGDD. En ese justo y complejo equilibrio es en el que deberá moverse la acción de los poderes públicos.

Ni qué decir tiene que la Administración Local que haya invertido más en ese proceso de adaptación al binomio normativo RGPD/LOPDGDD y sobre todo haya interiorizado su propia filosofía dispondrá de mejores recursos para poder enfrentarse a esos acelerados cambios que se advierten en un horizonte que no va más allá de los 5-10 años. Posiblemente muchas organizaciones y entidades del sector público local se despierten tarde en ese proceso de necesaria adaptación, tal como pasó con la implantación de las previsiones del RGPD: el 25 de mayo llegó y poco o nada se había hecho. El 7 de diciembre de 2018 ha llegado y ha sucedido lo mismo. Pero, sea cual fuere la situación, lo que sí parece obvio es que el sector público seguirá teniendo retos ineludibles que cumplir en ese largo, pero necesario, camino de implantación de esa nueva concepción de defensa de los derechos fundamentales de las personas físicas a través de la protección de los datos de carácter personal. El cambio de paradigma abierto por el RGPD se ha cerrado con la LOPDGDD. Y los retos a abordar son muchos y de gran calado. Hay, pese a que no se perciba todavía de forma generalizada, mucho en juego.

2. La LOPDGDD: Ideas-fuerza del proceso de elaboración y del Preámbulo de la citada Ley

Tras más de un año de tramitación parlamentaria, el *BOE* del 6 de diciembre publicó la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (LOPDGDD), cuya entrada en vigor se produjo el día 7 de diciembre. Esta regulación deroga la anterior LOPD de 13 de diciembre de 1999 (LO 15/1999), y asimismo derogó el más reciente Real Decreto Ley 5/2018, de 27 de julio, que tenía una vocación puramente transitoria, tal

como exponía su disposición final única («El presente Real Decreto-ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE* y lo estará hasta la vigencia de la nueva legislación orgánica de protección de datos [...]»). Mediante tales derogaciones expresas se daba cumplimiento, así, a la necesaria adaptación normativa del Derecho interno a las previsiones del RGPD.

Este breve apartado tiene como única pretensión resaltar telegráficamente algunos de aquellos aspectos que, por lo que afecta a la Administración Local y a su sector público institucional, incorporan novedades importantes en relación con lo tratado en el propio RGPD o, en su caso, regulan otras previsiones que conviene tener presentes para una cabal interpretación de este nuevo *marco normativo dual* (RGPD/LOPDGDD) de la protección de datos personales con el que necesariamente deberá obrar el aplicador del Derecho a partir de ahora en el ámbito público.

Antes una importante precisión: el RGPD, salvo en aquellas materias en las que permita excepcionalmente una regulación que restrinja sus previsiones por una norma de Derecho interno (supuestos tasados), es la disposición normativa que –dada su naturaleza– dispone de primacía aplicativa en caso de antinomia, desplazando en ese caso a cualquier norma de Derecho interno, Ley Orgánica incluida. Por tanto, que nadie piense (si es que hay alguien que a estas alturas lo pretende) que solo con la LOPDGDD podrá resolver los problemas que se susciten en materia de protección de datos. Eso ya es el pasado. Cualquier operador público deberá actuar a partir de ahora, tal como decíamos, con *dos pantallas normativas (RGPD/LOPDGDD)*, con las precisiones antes expuestas.

En este sentido, debe ponerse de relieve que –como reconociera en su día José Luís Rodríguez Álvarez– el RGPD (una disposición normativa del Derecho de la Unión Europea) se configuró como la norma que desarrolla y concreta directamente el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos recogido en la CE (algo insólito en materia de regulación primaria de los derechos fundamentales), adoptando la LOPDGDD un papel meramente complementario o auxiliar[1]. La utilización, por tanto, de la forma de *ley orgánica* no puede esconder que en este caso el papel de este tipo de norma está subordinado a lo dispuesto en una disposición normativa de la Unión Europea con una especial fuerza activa, como es el RGPD, cuyo alcance general, obligatoriedad, aplicabilidad y eficacia directa condiciona totalmente el espacio de configuración de la citada Ley orgánica y, por tanto, de las propias Cortes Generales, que en este caso juega el papel de concreción de lo que una norma europea establece. El propio

1 Ver: RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, L.: «Artículo 18.4 CE», *Comentarios a la Constitución de 1978. Libro Homenaje al Profesor Luís López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

preámbulo de la Ley lo deja bien claro al afirmar que «más que de incorporación cabría hablar de 'desarrollo' o complemento del Derecho de la Unión Europea». Por consiguiente, la propia LOPDGDD admite en el citado preámbulo su carácter *vicarial*, puesto que advierte que su aprobación se explica por razones de salvaguardar el principio de seguridad jurídica «tanto para la depuración del ordenamiento nacional como para el desarrollo o complemento» del RGPD.

Este nuevo marco normativo ha venido además adornado por la inclusión (estirando hasta el infinito el art. 18.1 y 4 CE) de los denominados *derechos digitales,* cuyo parentesco con el objeto de la Ley se visualiza exclusivamente en la propia digitalización y en *el dato personal* como medio a través del cual se pueden ejercer o, en otros muchos casos, entorpecer o dificultar, el ejercicio de determinados derechos fundamentales de la persona física que se ven plenamente afectados por el mundo de Internet y por las redes sociales, cuando no por la propia revolución tecnológica. Pero, aparte de esa vinculación con lo «digital» o con «el dato» (en un caso *de* la persona y en los otros que afectan *a* la persona), realmente se trata de cuestiones distintas que –como bien expresó en su día Víctor Almonacid– hubiesen requerido un tratamiento normativo diferenciado en sendas leyes orgánicas distintas (de protección de datos personales y de garantía de derechos digitales). Pero no cabe ocultar que las tentaciones de aprovechar la tramitación parlamentaria de la LOPD (que no tenía especiales dificultades en la articulación de un consenso suficiente para ser aprobada en sede parlamentaria ante la imperiosa necesidad de adaptar la legislación interna al RGPD) para insertar ese catálogo amplio de derechos digitales fueron muy altas. Así, se utilizó a la LOPD como una suerte de «Caballo de Troya» para la inclusión de unos derechos digitales que, de otro modo, no se hubiesen podido insertar en el sistema jurídico al requerir su tramitación por ley orgánica y exigir un plazo de aprobación, así como unas mayorías, que con toda seguridad no se hubiesen podido conseguir.

Sin embargo, no es objeto de este trabajo el estudio de tales derechos digitales, algo que, de forma genérica, ya la abordé en un comentario anterior[2]. Sobre los derechos digitales han reflexionado recientemente diferentes autores en distintos espacios abiertos, como por ejemplo lo siguientes: Eduardo Rojo Torrecilla, por lo que afecta al campo de los derechos digitales en el ámbito laboral[3]; o Concepción Campos Acuña, desde una óptica más general[4], entre otras muchas referencias que se podrían traer a colación. No cabe ocultar que su inserción en

2 Ver: https://rafaeljimenezasensio.com/2018/10/22/proteccion-de-datos-y-derechos-digitales/

3 Ver: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/12/los-derechos-digitales-laborales-en-la.html

4 Ver: http://concepcioncampos.org/10-puntos-que-debes-conocer-ya-de-la-nueva-lopd-y-gdd/

el proyecto de LOPD fue promovida por un parlamentario socialista, Artemi Rallo Lombarte, que unía a esa condición la de Catedrático de Derecho Constitucional y ex Director de la AEPD. Sus trabajos sobre estos temas ya anunciaban su inquietud por el campo de los derechos digitales, donde ya apostaba por la constitucionalización de tales derechos digitales, si bien, por razones pragmáticas, ese reflejo constitucional se ha visto aplazado y se han proyectado sobre una regulación en la Ley Orgánica de Protección de Datos (ahora también de «Garantías de los derechos digitales»)[5]. Está por ver, en cualquier caso, que mediante regulaciones nacionales (en este caso por Ley, anticipándose a su anunciado reflejo constitucional, como así se recoge en el preámbulo de la LOPDGDD) se puedan garantizar plenamente el ejercicio y los efectos de derechos con proyección global. Al menos se intenta. Con el paso del tiempo iremos viendo si su efectividad es tal, pues dentro de esos denominados «derechos digitales» hay desde principios o normas directiva hasta auténticos derechos u otros, incluso, que se difieren en su concreción posterior a normas jurídicas de distinto carácter o a propias normas convencionales.

Por tanto, lo que ahora nos interesa es una mera identificación de algunos aspectos importantes que pueden tener interés de la nueva regulación (LOPDGDD) en cuanto que innovan determinadas cuestiones en relación con la normativa anteriormente vigente, como consecuencia de la necesaria adaptación al RGPD. Pero este análisis se realizará ahora a través de la exposición de algunas ideas-fuerza recogidas en el Preámbulo (aunque a algunas de ellas ya se ha hecho referencia anteriormente y no se reiterarán), así como, más adelante, de aquellas otras cuestiones que se pueden extraer del articulado, teniendo como foco de atención la Administración Pública y, en particular, sus posibles impactos sobre las entidades locales.

Del contenido del preámbulo conviene resaltar, aparte de lo ya expuesto, cuatro puntos especialmente:

- El Preámbulo de la LOPDGDD inicia su exposición con la obligada referencia al art. 18.4 CE (una auténtica percha de dimensiones descomunales a partir de esta ley de donde cuelgan implícitamente, junto con el art. 18.1 CE, un número desorbitado de derechos digitales, diecinueve concretamente; aparte del propio derecho a la protección de datos personales, esta vez por decisión del legislador y no de la jurisprudencia constitucional). Allí se reitera la jurisprudencia más significativa del Tribunal

5 Ver, por todos, su trabajo: «De la libertad informática a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)», *Revista de Derecho Político*, 100, UNED (septiembre-diciembre de 2017), pp. 639-669.

Constitucional (especialmente la importante STC 292/2000) y se indica que ese derecho fundamental tiene por objeto en este caso «el control de los datos» por parte de las personas físicas, así como se configura –una cuestión ya conocida– como «un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a terceros, sea el Estado (Administraciones Públicas) o un particular».

- La Ley Orgánica 3/2018 es, por tanto, la tercera ley orgánica en esta materia desde 1992 (Ley Orgánica 5/1992), lo que implica cambios permanentes de ese marco legislativo en un plazo que supera en poco los 25 años. Y ello es debido, sin duda, a la enorme volatilidad de esta materia y a los constantes cambios que la revolución tecnológica y digital están imprimiendo en su contenido. Sucede, en consecuencia, a la Ley Orgánica 15/1999, que asentada en la Directiva de 1995 se había quedado, al igual que esta, muy desfasada y, en todo caso, inadaptada a las exigencias del RGPD. El objetivo de regular esta materia por parte de la UE de forma uniforme estaba logrado a través de la aprobación de ese RGPD, lo que exigía una adaptación del marco normativo interno a tales previsiones, que es lo que lleva a cabo la LOPDGDD.
- La LOPDGDD, por consiguiente, es, tal como ya se ha dicho, una *regulación de segundo grado*. A pesar de la solemnidad que implica aprobar esa normativa por «Ley Orgánica» y tras una larga deliberación parlamentaria, lo cierto es que los márgenes de configuración (o de innovación) normativa que tiene ese legislador orgánico son más bien escasos. Aun así se ha intentado apurar el contenido y se ha procedido a aprobar una Ley Orgánica de una extensión e intensidad más que notable (97 artículos, 29 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, y 16 disposiciones finales, en las que se modifican un buen número de Leyes y Leyes Orgánicas: LOREG, LOPJ, LGS, LOU, LJCA, LEC, LOE, LPAC, ET, TREBEP, LTAIBG, etc.).
- La inclusión de un listado de derechos digitales en el contenido de la LOPDGDD se pretende justificar en la omnipresencia de Internet («la red») en estos momentos de la vida social, profesional y personal de la ciudadanía, así como en los riesgos y oportunidades que ese mundo ofrece. Hay una pretendida conexión objetiva (aunque el preámbulo no incide sobre este punto) con «el dato como mercancía» de ese mundo digitalizado, pues al utilizarse como tal se puede producir una innegable afectación a los derechos fundamentales de la persona (o a determinados derechos fundamentales), aunque los derechos digitales se configuran en su ma-

yor parte como medios de proteger los derechos fundamentales frente a una invasión digital que puede obstaculizar, preterir o, incluso, anular la arquitectura tradicional de los derechos fundamentales que tanto ha costado construir en los siglos pasados. La duda que sobrevuela a todo este nuevo marco de digitalización intensiva y de revolución tecnológica es si los derechos fundamentales de la persona saldrán bien parados de tales procesos o serán puestos en cuestión mediante un vaciamiento de su efectividad. Sobre este punto no cabe sino especular, pero algunas pistas no contienen predicciones muy halagüeñas precisamente.

II. NUEVO SISTEMA INSTITUCIONAL Y DE GESTIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Introducción

El nuevo modelo de Protección de Datos que se prevé en el binomio normativo RGPD/LOPDGDD se asienta, tal como se viene reiterando, sobre *la responsabilidad proactiva*, lo que tiene especiales consecuencias a la hora de articular el sistema institucional y de gestión de protección de datos en las Administraciones Locales. Efectivamente, ese cambio de paradigma obliga a las organizaciones del sector público a *construir* un modelo de gestión que dé respuesta cabal a los hipotéticos riesgos que se puedan producir en un futuro inmediato o mediato, objetivo para el cual se debe repensar gradualmente el modelo organizativo y recomponer las piezas que sean necesarias para que este se articule efectivamente en la orientación y finalidad del RGPD/LOPDGDD.

Se pone, por tanto, el acento principalmente en hacer frente a «los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas» (art. 24.1 RGPD) y, por tanto, en la adopción de determinadas medidas tales como, entre otras, la protección desde el diseño y por defecto, el análisis de riesgos y la evaluación de impacto que conlleva determinados tratamientos de datos personales, así como la adopción de códigos de conducta y mecanismos de certificación; es decir, el foco se sitúa en la anticipación y en la prevención, una suerte de garantía y aplicación de la política de cumplimiento (*compliance*) también en las organizaciones públicas.

Ni que decir tiene que este enfoque de riesgos y preventivo implica un cambio frontal de cultura organizativa en lo que al tratamiento de datos respecta. Al menos impone una forma distinta de trabajar en todos los procesos, procedimientos y proyectos que impliquen tratar datos de forma masiva, que entrañen

alto riesgo y aquellos otros que se encuadran en «categorías especiales» (datos sensibles). También supone articular de modo efectivo todas las piezas de ese nuevo modelo institucional y de gestión en las distintas organizaciones públicas, aspecto sobre el que se deberá trabajar de forma especial en los próximos tiempos, pues la protección de datos de las personas físicas es un bien a proteger especialmente por lo que a la afectación a los derechos fundamentales respecta.

Y es aquí donde se hallan los principales problemas para transitar correctamente de un modelo de protección de datos «reactivo» a otro «proactivo». La formación se torna ineludible y las políticas de sensibilización, así como las distintas Guías y materiales que ponen en marcha y elaboran estas autoridades de control (AEPD y las autonómicas), junto con las propias Administraciones Públicas, son una herramienta o palanca de cambio o transformación imprescindible para ir introduciendo paulatinamente la nueva cultura de gestión en la protección de datos personales.

El tránsito será lento, especialmente en el sector público local. Se ha comenzado tarde y habrá que ajustar paulatinamente los distintos elementos de esa nueva arquitectura institucional y de gestión que deberá funcionar en un plazo razonable de forma armónica, sobre todo si, según se decía, se quiere que los datos personales y los derechos fundamentales de las personas físicas no sufran menoscabo alguno.

De hecho, ese nuevo sistema de gestión (que debía haber estado ya listo para funcionar con anterioridad al 25 de mayo de 2018), se ha demorado mucho en su puesta en marcha por la tardía aprobación de la LOPDGDD. En cualquier caso, no hay excusa, puesto que el RGPD se aprobó con un largo periodo que difería dos años su aplicabilidad precisamente para garantizar su efectividad y llevar a cabo tal proceso de adaptación. Pero aún así todavía pesa mucho la cultura jurídica que vive apegada al *BOE* y sigue teniendo una percepción relativa el Derecho de la Unión Europea, hasta que diferentes pronunciamientos de los tribunales de justicia nos lo recuerdan, momento en el cual ya nada tiene remedio. En efecto, hasta la publicación de la LOPDGDD buena parte de la comunidad jurídico-operativa del sector público local no fue plenamente consciente de que las cosas han cambiado de forma radical. Sin duda, ese cambio de escenario ya no tiene vuelta de hoja y habrá de aclimatarse a sus inevitables incidencias.

Y, para articular razonablemente, las diferentes piezas que gravitan en torno a la construcción de ese nuevo modelo institucional y de gestión de la protección de datos personales en el sector público, se deben tener presentes, aparte de los principios y derechos antes recogidos, así como de las referencias a los tratamientos especiales (Función Estadística Pública, Archivos de interés público, etc.), una serie de elementos organizativos e institucionales que tienden a

configurar un nuevo Sistema de Gestión de la Protección de Datos en el Sector Público que se configura de los siguientes elementos básicos:

ELEMENTOS BÁSICOS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS	UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL RGPD Y EN LA LOPDGDD
Responsables/Encargados del tratamiento	Capítulo IV RGPD (arts. 24-29) Arts. 28, 29, 30, 33 y DTR 5ª LOPDGDD
Registro de las Actividades de tratamiento	Art. 30 RGPD Art. 31 LOPDGDD
Seguridad de los datos personales	Arts. 32-34 RGPD Art. 32 LOPD
Análisis de Riesgos	Proceso previo, en su caso, a la evaluación de impacto (Art. 24-25 y 35-36 RGPD y 28 LOPDGDD)
Evaluación de impacto relativa a la protección de datos	Arts. 35-36 RGPD
Delegado de Protección de Datos	Arts. 37-39 RGPD Arts. 34-37 LOPDGDD
Códigos de Conducta	Arts. 40-41 RGPD Art. 38 LOPDGDD
Mecanismos de Certificación	Arts. 42-43 Art. 39 LOPDGDD
Autoridades de Control (AEPD/ACPD)	Arts. 51-59 (especialmente) Títulos VII y VIII LOPDGDD
Régimen de Sanciones	Capítulo VIII RGPD Título IX LOPDGDD
Tratamientos concretos (Videovigilancia, Sistema de denuncias internas, Función estadística pública, Archivos de interés público, Infracciones y sanciones administrativas)[6]	RGPD: referencias por buena parte del articulado Título IV LOPGDD

6 Sobre estas cuestiones puede consultarse, MORO CORDERO, M.A. Ascensión: «Tratamientos concretos en el ámbito local: la función estadística, con fines de archivo e infracciones y sanciones», en CAMPOS ACUÑA, C. (dir.): *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local. Novedades tras el Reglamento Europeo,* Wolters Kluwer, 2018, pp. 175 y ss.

El objeto, por tanto, de esta segunda parte del trabajo no es otro que analizar brevemente y de forma descriptiva estos elementos que configuran la arquitectura básica del Sistema Institucional y de Gestión de la Protección de Datos en las organizaciones públicas, con la finalidad de que este análisis sirva como medio de activar la puesta en marcha de todas esas piezas de este complejo engranaje a la mayor brevedad por parte de las Administraciones Públicas y de sus entidades del sector público institucional, pero especialmente de las Administraciones locales que son el objeto central de estas líneas.

En cualquier caso, tiempo habrá de profundizar en todos y cada uno de los elementos citados[7]. Sin duda, el análisis puntual de todos y cada uno de los elementos citados debe tener especialmente en cuenta en estos momentos la regulación llevada a cabo por la LOPDGDD, que adapta y desarrolla algunos de los elementos de ese Sistema de Gestión de Protección de Datos personales.

2. Responsables de tratamiento y Encargados de tratamiento: sus peculiaridades aplicativas en el ámbito del gobierno local

A. Responsable de tratamiento: regulación en el RGPD

El Considerando 78 RGPD comienza del siguiente modo: «La protección de los derechos y libertades de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos personales exige la adopción de medidas técnicas y organizativas apropiadas con el fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos del presente Reglamento».

La puesta en marcha de esas medidas técnicas y organizativas apropiadas es una responsabilidad de una figura clave en el modelo de protección de datos, también en el sector público: el responsable del tratamiento. Junto a esta figura también se encuentra otra que es la del «encargado del tratamiento» (que ha sido objeto de algunas modificaciones importantes en su régimen jurídico, tal como se verá), ambas deben estar condiciones de cumplir sus obligaciones en materia de protección de datos. Y, además, implantar los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto. Este último aspecto es, sin duda, determinante del nuevo modelo, que se asienta en la prevención de riesgos en los tratamientos de datos de carácter personal actuales y futuros.

7 En algún caso, como es la figura del Delegado de Protección de Datos, ya lo hemos hecho en un trabajo previo; véase: http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508368. Asimismo, con carácter general, puede consultarse nuestra reciente monografía *Introducción al nuevo marco normativo de la protección de datos personales en el sector público* (IVAP, Oñati, 2019), en la que se desarrollan con mas detalle algunas cuestiones que aquí se tratan en estas líneas de forma más epidérmica.

El responsable del tratamiento es quien determina, según la definición del art. 4, los fines y medios del tratamiento. La regulación específica de la figura del responsable de tratamiento se halla en los arts. 24 a 27 RGPD, si bien el Reglamento está plagado de referencias permanentes a esta figura, que se transforma en pieza clave para garantizar el perfecto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la norma europea o del Derecho interno de los Estados miembros, así como en garante último de que se adoptarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas para su adecuación a tal normativa. Esta idea Esta idea se refleja perfectamente en el art. 24 RGPD, cuyo apdo. 1 expone, por ejemplo, lo siguiente: «Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario».

Por tanto, la aplicación de las medidas técnicas y organizativas que debe poner en marcha quien ejerza las funciones de responsable del tratamiento dependerán de la naturaleza, contexto y fines del tratamiento, pero especialmente (y aquí viene la dimensión preventiva articulada con la evolución futura de este problema) teniendo en cuenta *los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas*. Tal como expresa el art. 24.3 RGPD la adhesión a códigos de conducta o mecanismos de certificación «podrán ser utilizados como elementos para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable del tratamiento».

B. **Responsable de tratamiento: regulación en la LOPDGDD**

Por lo que respecta a la LOPDGDD, particular importancia tienen, por lo que afecta al nuevo modelo de gestión de protección de datos en el sector público (asentado en un enfoque de riesgos) las obligaciones generales del responsable y del encargado del tratamiento recogidas en el art. 28, especialmente por lo que se refiere a los criterios para determinar los mayores riesgos en la adopción de las medidas organizativas y técnicas (arts. 24 y 25 RGPD; art. 28 LOPDGDD y legislación sectorial aplicable, en su caso).

Esta regulación normativa sirve de complemento a la establecida en el RGPD. Así, para la adopción de medidas técnicas y organizativas por parte de los responsables y encargados del tratamiento se tendrán en cuenta, en particular, los mayores riesgos que podrían producirse, entre otros (no es un listado exhaustivo) en una serie de supuestos que se recogen en tal precepto.

En el ámbito local de gobierno la figura del responsable de tratamiento será habitualmente el Alcalde o Alcaldesa, salvo que tal atribución haya podido ser delegada en un miembro de su equipo de Gobierno o, asimismo, en la persona titular de un órgano directivo en los municipios de gran población. Todo ello no deja de ser una ficción jurídico-organizativa en cuanto que tales responsables políticos rara vez son conscientes de las exigencias y obligaciones que se le anudan a esa función de responsable del tratamiento.

En efecto, esta caracterización de un órgano de naturaleza política como responsable del tratamiento (de cualquier tratamiento) se transforma fácilmente en una suerte de (auto) engaño, puesto que por regla general tales «responsables» desconocen cuáles son sus responsabilidades efectivas en esta materia y desplazan hacia la estructura funcionarial la necesidad de asesorar, cuando no redirigir, qué deben o no deben hacer tales «responsables». Este pésimo planteamiento conceptual del problema tal vez explique el motivo real de ese régimen sancionador blando que se ha adoptado en la LOPDGDD para la mayor parte de las entidades del sector público y de «sus» responsables (art. 77), pues al fin y a la postre se está reconociendo que no hay, en verdad, un responsable efectivo sobre el cuál pueda desplegarse la responsabilidad y, sobre todo, el régimen de sanciones, cuando se cometen errores evidentes o se incumplen las previsiones del RGPD/LOPDGDD.

Da la impresión de que el desplazamiento de esas responsabilidades (sobre todo cuando suceda algo grave, que alguna vez acaecerá) puede terminar recayendo en el personal funcionario, cuando así se inste por parte de la autoridad de control la puesta en marcha de un procedimiento sancionador, como luego se verá. En este marco de tanta incertidumbre o de responsabilidades «difusas» sería razonable que las Administraciones Locales regulasen por medio de la potestad normativa local qué es responsabilidad de los responsables, cuál es el papel de los encargados y en qué medida deben asumir las consecuencias los funcionarios o empleados públicos. Los códigos de conducta pueden servir, en ausencia de normativa propia que regule esta materia, como medio de concreción de estas importantes cuestiones vagamente reguladas por el binomio RGPD/LOPDGDD (sobre todo por esta última).

C. **El encargado del tratamiento en el RGPD**

Su regulación en el RGPD se encuentra recogida en los arts. 28 y 29, principalmente en el primero que resulta fundamental para concretar los criterios generales expuestos en el Considerando 97 sobre cuál es el régimen aplicable a la figura del encargado de tratamiento.

Dada la finalidad del RGPD de protección de los datos de carácter personal y, concretamente, de los derechos fundamentales de las personas físicas que se

puedan ver afectados por tales tratamiento de datos, la disposición normativa europea introduce algunas novedades importantes en la regulación del encargado del tratamiento, con el objetivo de apuntalar el cumplimiento estricto del propio Reglamento, puesto que en las Administraciones Públicas tales datos en unas ocasiones serán tratados por encargados «internos», pero en no pocas de ellas por encargados «externos», mediante procedimientos de contratación pública, encomiendas de gestión, convenios u otros instrumentos jurídicos. De ahí que la regulación de esta figura se prevea con cierto detalle.

La regulación sustantiva de esa figura se lleva a cabo en el art. 28 RGPD, del que se pueden destacar, entre otros, los siguientes aspectos:

- El apdo. 1 expone lo siguiente: «Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado.»
- En el apdo. 2 se regula que el encargado del tratamiento no podrá recurrir a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable. Debiendo informar de todo cambio.
- El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato o acto jurídico, que deberá estipular, en particular, una serie de exigencias que se detallan en el art. 28.3 RGPD.
- Cuando un encargado recurra a otro para llevar a cabo determinadas actividades de tratamiento por cuenta del responsable, se le impondrán, también por contrato o acto jurídico, las mismas obligaciones de protección de datos estipuladas en el contrato o acto jurídico existentes entre el responsable y encargado principal (art. 28.4)
- La adhesión a códigos de conducta o mecanismos de certificación podrá utilizarse como elemento para demostrar que se cumplen las garantías establecidas en ese art. 28.1 a 4.
- Y, en fin, se incorpora una importante cláusula de desplazamiento de la responsabilidad en determinados supuestos (art. 28.10).

D. **El encargado del tratamiento en la LOPDGDD**

Por lo que afecta a la LOPDGDD, la figura del encargado del tratamiento se regula específicamente en el art. 33, con una mención expresa (e importante) a la proyección estructural de la figura en las Administraciones Públicas (33.4); esto es, a partir de la LOPDGDD queda meridianamente claro (por si no lo estaba an-

tes) que pueden atribuirse las competencias propias de un encargado a un determinado órgano de la Administración Local mediante la adopción de un norma reguladora, lo que facilita la distinción estructural entre quién es responsable y quién deba asumir aquellas otras funciones diferenciadas que son las propias del encargado, acotando así el reparto de las responsabilidades de cada uno de ellos y cómo se deban depurar las responsabilidades que se puedan derivar en cada caso, tal como se señalaba anteriormente. Ello justifica más aún la necesidad objetiva de aprobar una normativa local que deslinde con claridad las funciones del responsable y del encargado, así como el rol específico que deben tener los distintos actores que actúen en el Sistema interno de Gestión de Protección de Datos en cada nivel administrativo (DPD, funcionarios, externos, etc.).

Las notas más relevantes de esta figura de encargado tal como aparecen recogidas en el art. 33 de la LOPDGDD. Y allí nos remitimos para su correcta comprensión y alcance. Sí que merece atención especial, en relación con los contratos del encargado de tratamiento, la importante disposición transitoria quinta de la LOPDGDD, recogida ya en el RDL 5/2018, pero al que se le ha incorporado un párrafo nuevo, que además de prever la vigencia de los contratos hasta 2022, establece que cualquiera de las partes podrá exigir la modificación de tal contrato a fin de que el mismo resulte conforme a lo dispuesto en el art. 28 del RGPD y en el Capítulo II del Título V de la LOPDGDD. Aunque tal previsión se revista de modo facultativo, debe defenderse la tesis de que las Administraciones Públicas, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas físicas que se pretenden garantizar con el binomio normativo RGPD/LOPDGDD, tienen la obligación de proceder a esa adaptación, dado que si no la normativa de protección de datos quedaría absolutamente suspendida en esos casos hasta 2022, lo cual no sería ajustado a las finalidades del RGPD.

3. Registro de las Actividades de tratamiento

A. El Registro de Actividades de Tratamiento en el RGPD

Se trata, sin duda, de una de las novedades más significativas del RGPD, que enlaza directamente con la filosofía que impregna el nuevo modelo de gestión de datos personales.

La creación u mantenimiento de un registro de actividades de tratamiento es una obligación que deben llevar a cabo necesariamente los responsables del tratamiento (o sus representantes) y los encargados del tratamiento (o sus representantes). Y sustituye la antigua obligación de notificar los ficheros y tratamientos a las autoridades de control. No es un registro de ficheros, sino de tratamientos. Y esta diferencia es sustantiva.

El marco regulatorio viene establecido por el art. 30 RGPD, donde se establece la obligación de que cada responsable llevará un registro de actividades de tratamiento *efectuadas bajo su responsabilidad* en el que deberá constar la información que se recoge en el art. 30.1 RGPD. Esa misma obligación de llevanza del registro de actividades se recoge en el art. 30.2 RGPD.

En todo caso, hay que tener en cuenta que estos Registros de Actividades de tratamiento del Responsable o del Encargado tienen distinta intensidad en cuanto a su contenido, tal como establecen asimismo los apdos. 1 (Responsable) o 2 (Encargado) del art. 30 RGPD. Veamos sucintamente en qué se diferencian tales obligaciones por lo que afecta al contenido del registro de actividades y, por tanto, de lo que en este se debe recoger:

RESPONSABLES DE TRATAMIENTO	ENCARGADOS DE TRATAMIENTO
Nombre y datos de contacto del responsable o de su representante	Nombre y datos de contacto del encargado o de su representante
Nombre y datos de contacto del DPD	Nombre y datos de contacto del DPD
Fines del tratamiento	Categorías de tratamientos
Categorías interesados y de datos personales	—
Categorías destinatarios comunicaciones, incluidos destinatarios terceros países	—
Transferencias internacionales tercer país	Transferencias internacionales tercer país
Plazos previstos supresión categorías datos	—
Medidas técnicas y organizativas de seguridad: descripción general	Medidas técnicas y organizativas de seguridad: descripción general

B. **El Registro de Actividades de Tratamiento en la LOPGDD**

En lo que afecta a la regulación del Registro de Actividades de Tratamiento en la LOPDGDD, cabe tener en cuenta que el art. 31 LOPDGDD, que reenvía a lo establecido en el art. 30 RGPD, regula también el Registro de Actividades de tratamiento.

Cabe dejar constancia que el art. 31 LOPDGDD establece una serie de peculiaridades o aspectos complementarios a la regulación prevista en el RGPD (por ejemplo, entre otras, que el Registro podrá organizarse en torno a conjuntos estructurados de datos o que cualquier adición, modificación o extinción del contenido del registro se deberá comunicar al DPD, figura que en las Administraciones Públicas es de carácter obligatorio, conforme prevé el art. 31.2). Tal

como ha sido expuesto por Lluís Sanz Marco[8], el Registro de Actividades de Tratamiento es la «piedra angular del principio de responsabilidad proactiva y *accountability*», puesto que en cierta medida resume la capacidad del responsable de la organización y es capaz, así, «de demostrar y proporcionar evidencias del cumplimiento del RGPD en todo momento».

Debe tenerse en cuenta en todo caso que el incumplimiento de la obligación de disponer de un Registro de Actividades de Tratamiento es una infracción grave, aunque el régimen sancionador blando establecido por el art. 77 LOPDGDD no incentive –tal como venimos reiterando– precisamente su cumplimiento.

También debe destacarse que la LOPDGDD establece asimismo unas obligaciones de Transparencia-Publicidad Activa en relación con el Registro de Actividades de Tratamiento que todas las Administraciones Públicas deberán satisfacer.

A tal efecto, se debe resaltar únicamente ahora que la disposición final undécima modifica la Ley 19/2013, de 9 de diciembre (LTAIBG), incorporando un art. 6 bis, donde se establece precisamente que los sujetos enumerados en el art. 77 de la LOPDGDD (Administraciones Públicas y entidades de su sector público, salvo empresas públicas), «publicarán su inventario de actividades de tratamiento en aplicación del art. 31 de la citada Ley Orgánica».

4. Seguridad de los datos personales

A. Seguridad de datos personales en el RGPD

En el RGPD la seguridad se vincula estrechamente con la protección de datos personales y con la salvaguarda de los derechos y libertades de las personas físicas. Este es un enfoque de seguridad diferente, pues tiende a formar parte de ese Sistema de Gestión de Datos Personales que deben activar todas las organizaciones públicas.

Las novedades que introduce el RGPD en este ámbito también son importantes, sobre todo por la naturaleza proactiva de los tratamientos y la necesidad de tener el enfoque de riesgos estrechamente vinculado con los sistemas de seguridad. Ello imprime un concepto de seguridad «dinámico» o «instantáneo», que depende del responsable del tratamiento. El marco regulatorio es muy preciso, y se recoge en los arts. 32, 33 y 34 del RGPD.

En función de una serie de variables que se enuncian en el art. 32.1 RGPD, «el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y

8 Ver su trabajo: «Medidas Organizativas para la implantación del marco legal de protección de datos personales. El Registro de Actividades de Tratamiento», en CAMPOS ACUÑA, C.: *op. cit.*, p 251.

organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo.

Las violaciones de la seguridad de los datos representan también una importante novedad del RGPD. Se regulan en los arts. 33 y 34, ofreciendo un doble régimen jurídico de notificación o comunicación inmediata («sin dilación indebida») por parte del responsable del tratamiento a la autoridad de control y a los interesados, respectivamente, en los casos de violación de seguridad que comporten pérdida, alteración o destrucción de datos.

Hay, por tanto, una obligación institucional doble (de notificación a la autoridad de control y de comunicación a los interesados o afectados), y por tanto está detrás de esta regulación asimismo un *derecho de la persona física a ser informado de las violaciones del sistema de seguridad que entrañen alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, que solo puede ceder o modularse en circunstancias tasadas.* El encargado, siempre que se produzca esta circunstancia, debe ponerla de inmediato en conocimiento del responsable.

B. **Seguridad de datos personales en la LOPDGDD**

Por lo que respecta a la LOPDGDD cabe señalar expresamente lo establecido en *la disposición adicional primera* que recoge una importante regulación sobre las medidas de seguridad en el ámbito del sector público (mejor dicho a los responsables enumerados en el art. 77.1 de esa misma ley orgánica), y que extiende su aplicabilidad también (medidas equivalentes) a las empresas (en este caso sí) y fundaciones vinculadas a las Administraciones matriz, así como en los casos en que un tercero preste servicios en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato (cuyas medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad).

Es curioso, por tanto, que si bien en materia de régimen sancionador las empresas públicas y fundaciones quedan extramuros del *régimen blando* previsto en la norma, en materia de seguridad se les incluya dentro del perímetro aplicativo, lo cual es una decisión adecuada por razones obvias. La aplicación correcta del Esquema Nacional de Seguridad, como se viene afirmando, es un presupuesto necesario para que el nuevo sistema de gestión de la protección de datos personales funcione adecuadamente en cualquier Administración Pública.

Por lo que respecta a las violaciones del sistema de seguridad (*Data Breach*) cabe recordar lo siguiente. Hay, en esta materia, una obligación institucional doble por parte del responsable: por un lado, debe notificar a la autoridad de control, en el plazo estipulado y siempre que constituya un riesgo para los derechos y libertades de la persona física, de las violaciones que se produzcan en la seguridad (art. 33 RGPD); y, por otro, deberá asimismo comunicar al interesado *las*

violaciones del sistema de seguridad que entrañen alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas. El encargado lo debe poner de inmediato en conocimiento del responsable.

Tal como ha sido expuesto por la doctrina, «el RGPD exige a las Administraciones Públicas la adopción de medidas de seguridad en orden a la protección de los datos de carácter personal, con el objetivo –entre otros– de tratar los riesgos que presente el tratamiento de datos, en particular como consecuencia de la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizado a dichos datos (art. 32 RGPD)»[9]. Por consiguiente, es obvio que tales medidas de seguridad deben ser adoptadas en el marco del Esquema Nacional de Seguridad, en todo lo que concierne a los sistemas de información que tratan datos personales[10].

Asimismo, en esta materia se debe tener en cuenta lo establecido por la disposición adicional novena de la LOPDGDD, en lo que afecta a la notificación de incidentes de seguridad.

5. Análisis de Riesgos

A. Análisis de riesgos en el RGPD

El enfoque predominantemente «proactivo» del Sistema de Gestión de Datos Personales que se deriva del RGPD impone al responsable y encargado del tratamiento la exigencia de llevar a cabo con carácter previo un Análisis de Riesgos, al menos para descartar que deba de realizar una «Evaluación de Impacto relativa a la protección de datos» que se analiza en el siguiente epígrafe de esta Guía.

Esta cuestión está asimismo entrelazada con el Sistema de Seguridad que se implante, pues el análisis de riesgos debe formar parte de la propia evaluación del nivel de seguridad. Y ello lo pone de relieve el art. 32.2 RGPD de forma diáfana.

El análisis de riesgos está por tanto imbricado con la seguridad y también con la prevención o anticipación, forma parte «existencial» por tanto del nuevo Sistema de Gestión de Datos Personales, también en el sector público.

9 Ignacio Alamillo Domingo, «Esquema Nacional de Seguridad: la Administración electrónica y la seguridad de la información», en CAMPOS ACUÑA, C.: *op. cit.*, pp. 503 y ss.

10 Sobre el Esquema Nacional de Seguridad, por todos, ver FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «Sguridad en la utilización de medios electrónicos. El Esquema Nacional de Seguridad, en GAMERO, E. (dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

El modelo del RGPD basado en un enfoque de riesgos se despliega con un carácter preventivo con una finalidad muy precisa: garantizar los derechos y libertades de los interesados desde la definición de una actividad de tratamiento hasta su desarrollo ulterior. Y, a tal efecto, cabe tener en cuenta lo establecido en el art. 25 RGPD, donde se recoge una importante regulación de lo que se enuncia como «Protección de datos desde el diseño y por defecto».

B. **Análisis de riesgos en la LOPDGDD**

Este importante elemento del nuevo modelo de gestión de datos personales no tiene un tratamiento individualizado en la LOPDGDD, pero está presente de forma transversal en buena parte de su contenido. Particularmente importante a estos efectos es la regulación del art. 28 de la LOPDGDD, una cuestión ya analizada en momentos anteriores de este trabajo (véase, el epígrafe relativo a la figura del responsable del tratamiento y de los propios encargado), pues sobre esas figuras recae la necesidad de valorar si procede o no la evaluación de impacto de la protección de datos en función de una serie de elementos que deberán ser tenidos en cuenta en todo caso, tal como prevé el ya citado art. 28.2 LOPDGDD.

6. **Evaluación de Impacto sobre la Protección de Datos**

A. **Evaluación de Impacto en el RGPD**

Conviene tener claro desde el inicio que una Evaluación de Impacto sobre la Protección de Datos (EIPD) no se requiere siempre. Por eso es importante llevar a cabo con carácter previo el Análisis de Riesgos. En suma, el Análisis de Riesgos puede conducir perfectamente a que no existe riesgo alguno en el tratamiento o los riesgos que conlleva son de orden menor (fácilmente controlables), adoptando las medidas técnicas y organizativas necesarias para preservar la seguridad de los datos personales y su no afectación a los derechos y libertades de las personas físicas. En ese caso no hay que pasar a la EIPD.

La EIDP en los tratamientos de alto riesgo debe llevarse a cabo de acuerdo con los postulados conceptuales establecidos en el Considerando 84 del RGPD y, asimismo, de conformidad con lo previsto en el Considerando 89 *in fine*. El Considerando 90, por su parte, detalla qué son «operaciones a gran escala» y en qué otras operaciones (a raíz, por ejemplo, del tratamiento de «datos de categorías especiales») se requiere EIPD.

El marco regulatorio de la EIPD está recogido en el importante art. 35 RGPD. Y en el art. 36 RGPD se recoge el trámite de «consulta previa» estrechamente relacionado con los tratamientos de alto riesgo.

Por su parte, el art. 35.3 determina en qué casos la EIPD es necesaria en todo caso en los tratamientos:

a) «Evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar».

b) «Tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos»

c) «Observación sistemática a gran escala de una zona de acceso público»

Cabe asimismo hacer referencia a otras cuestiones vinculadas con la EIDP. A saber:

- Para llevar a cabo la EIPD el responsable contará siempre con el asesoramiento de la figura del Delegado de Datos Personales (art. 35.2).
- Hay que tener en cuenta en esta materia las facultades de las autoridades de control (art. 35, apdos. 4, 5 y 6)
- El cumplimiento de códigos de conducta se tendrán debidamente en cuenta al evaluar las repercusiones de las operaciones realizadas por los responsables o encargados (art. 35.8 RGPD).

B. **La evaluación de impacto en la LOPDGDD**

En este punto tampoco hay una regulación específica en la LOPDGDD, por lo que se aplica sin matices lo expuesto en el RGPD, aunque también se trata de una materia transversal. Tal como hemos expuesto, la regulación aplicable en esta materia se recoge en torno a las obligaciones de los responsables y encargados del tratamiento, donde se reitera la necesidad de que tales figuras establezcan las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar y acreditar que el tratamiento se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en el RGPD (art. 28.1 LOPDGDD).

En ese marco, tal como se viene reiterando, son los responsable y encargados quienes deben evaluar si procede o no la evaluación de impacto de protección de datos y, en su caso, la consulta previa establecida en el RGPD.

Y para ello se determinan una serie de supuestos en los que cabe presumir que, aparte de los casos establecidos en el RGPD, se pueden plantear «mayores riesgos», tal como se ha visto. Por su importancia, conviene resaltar de nuevo tales supuestos de forma explícita.

7. El Delegado de Protección de Datos

A. Introducción

La figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) es nueva, aunque tiene algunos precedentes que ahora no es necesario citar. Se inserta, como una pieza más e importante, en el nuevo Sistema Institucional y de Gestión de Datos Personales que se enmarca en esa política «proactiva», anticipatoria o preventiva por la que aboga el binomio normativo RGPD/LOPDGDD. De hecho, puede afirmarse que resulta muy complejo implantar todas y cada una de las medidas contenidas en ese marco normativo sin el apoyo activo y la supervisión del DPD, que se transforma de ese modo en una palanca de cambio de notable importancia, por lo que la elección de la persona para el desempeño de tal puesto singular se torna una de las decisiones más relevantes de cualquier Administración Pública o entidad del Sector Público.

Para las Administraciones Públicas, cualesquiera que estas fueran (también, obviamente, las Administraciones Locales), la nota más importante es la obligatoriedad que establece el binomio normativo RGPD/LOPDGDD: todas ellas deben disponer de un DPD.

Realmente, esa exigencia, como tantas otras que se contienen en el RGPD, iban más dirigidas a las Administraciones Públicas de gran tamaño y a otras sectoriales (por ejemplo, sector salud) donde los riesgos, el uso masivo y las categorías especiales en el tratamiento de datos personales son la moneda corriente. Pero la obligación normativa está ahí y, por tanto, ha de cumplirse, también por las entidades locales o entidades del Sector Público de escasas dimensiones o tamaño, lo cual no deja de ser un tanto cuestionable.

Hay que insertar, por tanto, la figura del DPD en ese cambio de modelo de gestión de datos personales al que se viene haciendo referencia. Y hay que verlo como ventana de oportunidad, pues el DPD deber ayudar a ese proceso de transformación organizativa y al cambio en los tratamientos que el binomio normativo RGPD/LOPDGDD exige.

B. La figura del Delegado de Protección de Datos en el RGPD

En ese contexto sumariamente descrito, no cabe duda que el DPD debe ser una palanca de transformación que haga posible la implantación de la cultura proactiva también en las instituciones públicas y, por lo que ahora interesa, en la Administración Local y las entidades de su Sector Público.

Pero, además, el DPD es importante que –tal como se exige en la normativa actual– la persona que ocupe ese puesto debe acreditar conocimientos especializados y cualificación pertinente, pues es el punto de apoyo principal del res-

ponsable y encargado del tratamiento (esto es, quien les asesora), al efecto de cumplir debidamente las obligaciones del RGPD. Debería actuar, por tanto, como «cortafuegos» que impidiera incumplimientos y aconsejara las medidas técnicas y organizativas que deban adoptarse en todo caso. Especialmente importante es su papel en los procesos de Evaluación de Impacto de la protección de datos, pero asimismo en toda la fase previa. Por parte de la doctrina autorizada, como es el caso del profesor Eduardo Gamero, también se ha resaltado el papel de *Ombudsman* de esta figura, por lo que afecta a la protección de datos de las personas físicas en las Administraciones Públicas[11].

Es en el considerando 97 dónde se dibujan las líneas maestras de esa nueva figura del DPD, que luego serán desarrolladas por los arts. 37 a 39 del RGPD, así como a través de referencias incidentales (algunas que ya se han visto) a lo largo del resto del articulado.

Cuatro son, por tanto, las ideas-fuerza que cabe resaltar del DPD según este Considerando 97:

1. El DPD es un *colaborador necesario, aunque también supervisor*, del responsable o encargado del tratamiento en el sector público.
2. Debe ser DPD una persona que acredite *conocimientos especializados del Derecho y de la práctica de protección de datos.*
3. El DPD puede ser *empleado público o ser provisto de forma externa*.
4. El DPD *ejerce sus funciones y cometidos «de manera independiente»*

El RGPD utiliza *la expresión «autoridad y organismo público»* a la hora de atribuir la exigencia de crear necesariamente la figura del DPD. La pregunta es obvia: ¿Y qué cabe entender por «autoridad y organismo público» según el RGPD? Esta es una noción que, como expuso el Grupo de Trabajo del Art. 29[12], reenvía al Derecho interno de los Estados miembros. Y, por tanto, tendría que ser la LOPDGDD la norma que precisara su perímetro. Algo que, una interpretación conjunta de los arts. 34.1 y 77.1 LOPDGDD no deja claro, al menos si las sociedades mercantiles de capital público deben disponer o no obligatoriamente de DPD. Por tanto, lo más recomendable es que, dado que también en aquellos supuestos en los que las entidades o empresas no tengan la obligación de dotarse de un DPD lo puedan hacer, las sociedades mercantiles designen también un DPD o, en su caso, de acuerdo con lo establecido en el art. 37.2 RGPD,

11 Ver, su trabajo: «El Delegado de Protección de Datos en las Administraciones Públicas: Ombudsman de datos personales» (http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509261)

12 Ver el documento elaborado por el citado Grupo del Artículo 29: *Directrices sobre los delegados de protección de datos*.

se valgan de aquel que haya sido designado por la Administración Pública a la que estén vinculadas.

La regulación de esta figura se recoge principalmente en los arts. 37 a 39 RGPD. El art. 37, dedicado a «la designación» del DPD, que prevé la designación preceptiva: en caso de las autoridades y organismos públicos . También afronta la cuestión de si cabe nombrar uno o varios DPD (por grupo de empresas o autoridad u organismo público, atendiendo a «su estructura organizativa y su tamaño» (art. 37.2 y 3 RGPD), así como la acreditación de competencias profesionales (art. 37.5 en relación con art. 39 RGPD). Y, en fin, de si el DPD debe ser interno o externo; esto es, formar parte de la plantilla o ser un externo a la organización (contratación de servicios) (art. 37.6 RGPD). Por parte de la regulación de la LOPDGDD se añade que el responsable o encargado publicarán los datos de contacto del DPD y los comunicarán a la AEPD.

Por su parte, el art. 38 tiene como objeto «la posición» del DPD en relación con el responsable o encargado del tratamiento. Allí se recogen cuestiones tales como su configuración como colaborador necesario en «todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales» (art. 38.1 RGPD); la obligación de que la Administración debe facilitar al DPD los recursos necesarios para el desempeño de sus funciones y para el mantenimiento de sus conocimientos especializados (art. 38.2 RGPD); se determina su estatuto de independencia, en el sentido de que no recibirá ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de sus funciones, no pudiendo ser destituido ni sancionado por su desempeño, y rindiendo cuentas al más alto nivel jerárquico de la organización (art. 38.3 RGPD); se prevé su configuración como punto de contacto, por lo que los interesados podrán acudir al DPD en todo lo relativo a sus datos personales y al ejercicio de sus derechos (art. 38.4 RGPD); también se establece el régimen de confidencialidad del DPD, en cuanto a que está obligado a mantener el secreto o confidencialidad por el desempeño de sus funciones (art. 38.5 RGPD); y, en fin, se recoge la figura del DPD «a tiempo parcial», puesto que podrá desempeñar otras funciones siempre que no den lugar a conflictos de interés (art. 38.6 RGPD)

El art. 39 RGPD define cuáles son, como mínimo, las funciones del DPD, vinculándolas todas ellas especialmente a «los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento» (art. 39.2 RGPD) . A saber:

- Informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados sobre las obligaciones del RGPD y del Derecho interno.
- Supervisar el cumplimiento del presente RGPD, promover su implantación en la organización e impulsar la formación.
- Ofrecer asesoramiento sobre la EIPD y supervisar su aplicación.

- Cooperar con la autoridad de control.
- Actuar como punto de contacto de la autoridad de control.

C. **La figura del Delegado de Protección de Datos en la LOPDGDD**

La figura del DPD está regulada en sus rasgos centrales por el RGPD, no teniendo la Ley Orgánica excesivo margen de configuración o de innovación sobre cuál es su perfil o su sentido, pero aún así la LOPDGDD ha establecido una serie de reglas de carácter complementario que terminan por perfilar más cerradamente la naturaleza de esa figura y le dotan de un carácter singular, sobre todo (aunque no solo) por el papel que cumple el DPD como «filtro» en materia de reclamaciones ante la autoridad de control respectiva en materia de protección de datos de carácter personal y, particularmente, en relación con los derechos recogidos en el binomio RGPD/LOPDGDD.

El Preámbulo de la LOPDGDD incorpora una serie de motivaciones a raíz de las cuales se justifican las novedades que se incorporan en el citado texto normativo en relación con la regulación ya establecida en el RGPD.

La regulación de la figura del DPD en la LOPDGDD, por su parte, reitera algunas de las características recogidas en el RGPD (arts. 37 a 39), pero con algunas exigencias adicionales. Veamos cuáles son sus rasgos más relevantes según la regulación que lleva a cabo la citada Ley Orgánica 3/2018:

- La obligación de designar un DPD por parte de las Administraciones Públicas y en las entidades de su sector público se deriva del propio RGPD. No se establece, por tanto, ninguna especificidad al respecto, ni tampoco la Ley Orgánica nos ayuda a identificar en qué entidades del sector público es preceptivo el nombramiento del DPD (si es en todas o solo en parte).
- Una vez designado, se establece la obligación de comunicación a la autoridad de control en el plazo de diez días el nombramiento y, en su caso, del cese del DPD (art. 34.3)
- Se prevé, al igual que el RGPD, la dedicación a tiempo completo o parcial del DPD, en función del tipo de datos que se traten por cada organización (art. 34.5)
- El DPD tiene acceso a los datos personales y procesos de tratamiento, no pudiendo el responsable o encargado oponerse a este acceso invocando confidencialidad o secreto
- La «obtención de titulación universitaria» (la imprecisión de la norma es notable, pero parece referirse a postgrados o, en su caso, másteres y no propiamente a grados universitarios) se tendrá especialmente en cuenta

para demostrar a través de mecanismos de certificación el cumplimiento de los requisitos del art. 37.5 RGPD

- Se prevé, también en línea con el RGPD, la garantía, siempre que se trate de persona física, de no remoción (salvo supuestos de dolo o negligencia grave) y de independencia, evitando cualquier conflicto de intereses del DPD (Art. 36.2), lo que puede poner en duda algunos nombramientos en función del tipo de tareas que se desarrollen (dedicación parcial). Dicho de otra manera, la exigencia de que no haya conflictos de intereses (que aparecía reflejada en las *Directrices* sobre los delegados de protección de datos del Grupo del Artículo 29) se trasladan a la LOPDGDD como garantía de independencia y objetividad en el funcionamiento de tal figura, lo que desaconseja que se atribuya esa condición a puestos de trabajo que puedan tener tareas de informe jurídico o técnico relacionadas directa o indirectamente con la protección de datos personales, sobre todo en aquellos casos en los que la dedicación a tales funciones es parcial. Lo dicho anteriormente, tal vez desaconseje que en el ámbito local de gobierno tales funciones de DPD se sitúen en el ámbito de la Secretaría o de la Secretaría–Intervención, por los hipotéticos conflictos de intereses que se pudieran producir. Según hemos visto, la figura del DPD tampoco puede coincidir con la de responsable de seguridad.
- El DPD tiene la facultad de inspeccionar los procedimientos relacionados con el objeto de la Ley y emitir recomendaciones (art. 36)
- El DPD tiene, asimismo, la facultad de documentar y comunicar a los órganos competentes la existencia de una vulneración relevante en materia de protección de datos.
- Y debe destacarse, como gran novedad de la LOPDGDD en lo que a perfil funcional de la figura respecta, el régimen de intervención del DPD en los supuestos de reclamaciones ante las autoridades de control (art. 37), donde se admite que el afectado pueda presentar una reclamación ante el DPD con carácter previo a la presentación de la reclamación ante la autoridad de control, incorporando una suerte de recurso potestativo de carácter administrativo que deberá resolver el órgano competente, pues difícilmente esa resolución la podrá emitir en DPD, menos aún si es una figura externalizada, pues se trataría del ejercicio de funciones de autoridad, aunque estos aspectos tampoco se tratan en la LOPDGDD (pues la normativa es de aplicación general tanto para el sector público como para el privado).
- Se refuerza así el papel del DPD como «punto de contacto» entre la ciudadanía (afectados) y la Administración Pública (responsable o encargado) que ha llevado a cabo el correspondiente tratamiento. También se prevé

que la propia autoridad de control, una vez recibida una reclamación, dé traslado al DPD a efectos de que por parte de este se responda en el plazo de un mes a la citada reclamación. Si no hubiera DPD, la autoridad de control podrá dirigirse al responsable o encargado del tratamiento (art. 65.3 LOPDGDD).

Aparte de esas referencias normativas recogidas en el Capítulo III del Título V de la LOPDGDD, que determina el régimen complementario a la regulación del RGPD por lo que afecta al DPD (así como lo establecido en el art. 65.3 LOPDGDD ya citado), deben tenerse en cuenta otra serie de exigencias adicionales que en torno a esta figura se establecen en otros pasajes de ese nuevo marco normativo establecido en la LOPDGDD y que impactan sobre aspectos puntuales del tratamiento de datos personales y, en particular, sobre la figura del DPD. A saber:

- El art. 31.1, párrafo tercero, prevé expresamente lo siguiente: «Cuando el responsable o el encargado del tratamiento hubieran designado un delegado de protección de datos deberán comunicarle cualquier adición, modificación o exclusión en el contenido del registro (se refiere al Registro de Actividades de Tratamiento).
- El art. 70.2 prevé lo siguiente: No será de aplicación al delegado de protección de datos el régimen sancionador establecido en el Título IX de la LOPDGDD.
- Por su parte, en materia de régimen sancionador, se establecen las siguientes infracciones y una previsión en materia de graduación de sanciones que no resulta, en principio, de aplicación al sector público (salvo que a las empresas públicas no se entienda que es exigible el nombramiento de DPD):
  - Tendrá la consideración de infracción grave, según el art. 73.v): «El incumplimiento de la obligación de designar un delegado de protección de datos cuando sea exigible su nombramiento de acuerdo con el art. 37 del Reglamento (UE) 2016/679 y el art. 34 de esta ley orgánica».
  - Asimismo, también tendrá la consideración de infracción grave, según el art. 73.w) LOPDGDD: «No posibilitar la efectiva participación del delegado de protección de datos en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales, no respaldarlo o interferir en el desempeño de sus funciones».
  - Tendrá la consideración de infracción leve, según se prevé en el art. 74.p) LOPDGDD: «No publicar los datos de contacto del delegado de protección de datos, o no comunicarlos a la autoridad de protección de datos, cuando su nombramiento sea exigible de acuerdo con el art. 37 del Reglamento (UE) 2016/679 y el art. 34 de esta ley orgánica.»

- Y, en fin, el art. 76.2, en lo que afecta a la graduación de sanciones, establece que se tendrá en cuenta disponer, cuando no fuera obligatorio, de la figura del delegado de protección de datos.
- En todos estos supuestos, como es ya conocido, se debe resaltar que el régimen sancionador aplicable a las Administraciones Públicas y a la mayor parte de las entidades del sector público (salvo las empresas públicas) es un *sistema blando* o mucho más benevolente que el que se aplica a los responsables y encargados del tratamiento del sector privado, tal como prevé el art. 77 LOPDGDD (sanciones de apercibimiento y, en determinadas circunstancias, publicidad de las sanciones).

8. Códigos de Conducta y Mecanismos de Certificación

A. Introducción

Los códigos de conducta y los mecanismos de certificación son dos instrumentos que entroncan perfectamente con el enfoque «proactivo» que imprime el binomio normativo RGPD/LOPDGDD y van encaminados a salvaguardar la política de cumplimiento en la que se inspira ese nuevo marco de disposiciones aplicables en esta materia. Tienen, por tanto, una orientación preventiva o anticipatoria.

Asimismo son herramientas de carácter voluntario, pero que en el caso de los Códigos de Conducta, una vez asumidos por quienes se adhieran a los mismos tendrán carácter vinculante. Por tanto, caso de suscribirse, implican un compromiso que, en el ámbito del sector público, debiera ser una línea por la implantación y mejora efectiva de ese nuevo modelo de gestión de protección de datos del que venimos hablando en estas páginas.

Por consiguiente, disponer de códigos de conducta y mecanismos de certificación es no solo adoptar una visión preventiva en línea con la finalidad del RGPD, *sino especialmente dotarse de una política de cumplimiento que salvaguarda la función del responsable o encargado del tratamiento de cualquier organización pública (Administración Pública, así como en sus entidades del sector público), también de la Administración Local.*

B. Códigos de conducta

a) *Regulación de los códigos de conducta en el RGPD*

Los rasgos del sistema preventivo y de cumplimiento son evidentes en ciertos pasajes del RGPD. Tal como prevén los arts. 24.3 y 28.5 RGPD, la adhesión a códigos de conducta o mecanismos de certificación «pueden ser utilizados como elementos para demostrar el cumplimiento» o la existencia de una serie de garantías, respectivamente, por parte del responsable o del encargado del tratamiento.

Asimismo, la adhesión a un código de conducta o a un mecanismo de certificación «podrá servir de elemento para demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos» (en materia de seguridad) en el art. 32.1 RGPD (art. 32.3 RGPD).

Cabe también tener en cuenta (y este es un punto muy importante por lo que afecta al sector público) que el art. 41 RGPD («Supervisión de los códigos de conducta aprobados»), así como por conexión el art. 40.4 del RGPD, no se aplicarán a los tratamientos realizados por autoridades y organismos públicos (art. 41.6 RGPD: «El presente artículo no se aplicará al tratamiento realizado por autoridades y organismos públicos»)

El RGPD regula en los arts. 40 a 43 los códigos de conducta y los mecanismos de certificación. A pesar de su carácter de libre adhesión, cabe constatar que algunas de tales previsiones no se aplican a «las autoridades y organismos públicos» (por tanto, a las Administraciones Públicas y a las entidades de su sector público).

b) ***Regulación de los códigos de conducta en la LOPDGDD***

La regulación de los códigos de conducta en la LOPDGDD se contiene en su art. 38 y tiene, por lo que a la Administración Pública o Local interesa, los siguientes rasgos:

- Los códigos de conducta serán vinculantes por quienes se adhieran a los mismos 38.1).
- Podrán promoverse por asociaciones y organismos, pero también por los responsables o encargados a los que se refiere el art. 77.1 LOPD. Por tanto, por los responsables o encargados de cualquier Administración Pública, ente local, organismo público, consorcio o fundación puede promover la elaboración y aprobación de tales códigos de conducta (38.2). También, cabe presumir, se podrán promover por las asociaciones de municipios o entidades locales (por ejemplo, FEMP).
- Ante la inaplicación al sector público (autoridades y organismos públicos) del art. 41 RGPD (organismos o entidades de supervisión), el art. 38.2, párrafos segundo a cuarto, no se aplicaría tampoco a tales entidades públicas, con lo que tendría plena aplicación en materia de reclamaciones previas de carácter potestativo o de reenvío por las autoridades de control lo previsto en el art. 37 LOPDGDD.
- Los códigos serán aprobados por las autoridades de control competentes en cada caso (38.3)
- La Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos mantendrán un registro conjunto de los códigos de conducta aprobados (38.5)

- Por Real Decreto se establecerá el contenido del registro y las especialidades del procedimiento de aprobación de los códigos de conducta (38.6).

Por consiguiente, en lo que afecta a códigos de conducta, las Administraciones y entidades del sector público, tendrían una serie de modulaciones en lo que respecta exclusivamente a las funciones de supervisión y resolución extrajudicial de conflictos que aparecen reguladas en el art. 41 del RGPD, pero que se detallan, por lo que respecta a que tales organismos o entidades de supervisión conocieran de las reclamaciones previas, pues este procedimiento específico no es aplicable a las Administraciones Públicas, de conformidad con lo establecido en el art. 3º LOPDGDD, de conformidad con el reiterado art. 41 RGPD.

C. **Mecanismos de certificación**

a) **Los mecanismos de certificación en el RGPD**

Los arts. 42 y 43 RGPD regulan los mecanismos y organismos de certificación. En el art. 42.1 también se recoge una labor de «promoción» que debe ser ejercida entre otros por los Estados miembros y las autoridades de control con la finalidad de crear mecanismos de certificación en materia de protección de datos y sellos y marcas de protección de datos. El objetivo de tales instrumentos es siempre «demostrar el cumplimiento de lo dispuestos en el presente Reglamento en las operaciones de tratamiento de los responsables y los encargados»

Los mecanismos de certificación (sellos o marcas) tienen como finalidad principal demostrar que, por parte de los responsables y encargados del tratamiento, se cumple el RGPD. Tienden, por tanto, a salvaguardar la actuación de responsables y encargados. De ahí la importancia de dotarse de ellos.

Las líneas básicas de esa regulación son las siguientes:

- La certificación será voluntaria y estará disponible a través de un proceso transparente (art. 42.3 RGPD).
- La certificación no limitará las responsabilidad del responsable o encargado del tratamiento en cuanto al cumplimiento del presente Reglamento (art. 42.4 RGPD)
- Será expedida por los organismos de certificación regulados en el art. 43 RGPD o por la autoridad de control competente, sobre la base de criterios aprobados por dicha autoridad en los términos establecidos en el art. 42 RGPD.
- Obligación de los responsables y encargados del tratamiento de proveer toda la información necesaria para llevar a cabo el procedimiento de certificación.

- La certificación será expedida al responsable o encargado del tratamiento por un período máximo de tres años, renovables en las condiciones expuestas (art. 42.6 RGPD)

b) **Los mecanismos de certificación en la LOPDGDD**

El art. 39 LOPDGDD confiere la competencia para llevar a cabo la acreditación de las instituciones de certificación a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), que será la que comunique a las autoridades de control respectivas las concesiones, denegaciones o revocaciones de las acreditaciones, así como su motivación.

Ver, asimismo, art. 35 («Cualificación del delegado de protección de datos»), por sus evidentes conexiones con el sistema de mecanismo voluntario de certificación.

Se ha de tener asimismo en cuenta la disposición transitoria segunda del LOPDGDD en relación con los Códigos tipo inscritos en las autoridades de protección de datos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre: Adaptación de su contenido al art. 40 RGPD en el plazo de un año.

9. Autoridades de control independientes: Idea general

A. Introducción

No cabe duda que la correcta implantación del RGPD, también en los distintos niveles de gobierno (Administraciones Públicas) requiere de esa pieza institucional imprescindible que son las autoridades de control.

No es objeto de este trabajo, por sus especiales características, analizar el papel y funciones de tales autoridades de control, a las que el binomio normativo RGPD/LOPDGDD dedican un buen espacio regulador. En estas páginas solo interesa destacar brevemente cuál es la finalidad de tales autoridades de control, en especial de la AEPD, y poner de relieve algunos de sus elementos más relevantes, pues se trata sin duda, del mecanismo de cierre para que el nuevo Sistema Institucional y de Gestión de Protección de Datos de las Administraciones Públicas funcione adecuadamente.

Bajo este punto de vista es oportuno resaltar que la finalidad principal de las autoridades de control no es otra que la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal que lleven a cabo en este caso las Administraciones Locales.

Esta es una idea que se recoge perfectamente en el Considerando 117 y en otros sucesivos (por ejemplo, en el Considerando 123 donde se añade a la finali-

dad anterior la de «facilitar la libre circulación de los datos personales en el mercado interior»). En el ejercicio de esas funciones «deben supervisar la aplicación de las disposiciones adoptadas de conformidad con el presente Reglamento y contribuir a su aplicación coherente en toda la Unión».

B. **Regulación de las autoridades de control en el RGPD**

La regulación de las autoridades de control en el RGPD está contenida en su Capítulo VI. Este Capítulo se estructura en diferentes secciones que abordan diferentes ámbitos materiales que ahora no interesan; por ejemplo, el Estatuto de independencia de tales (art. 52 RGPD) o las funciones (art. 57 RGPD) o poderes, que se desdoblan en poderes de investigación, correctivos o de autorización y consultivos (art. 58 RGPD). Estas últimas atribuciones son las de mayor importancia a efectos del análisis de las Administraciones Públicas.

C. **Regulación de las autoridades de control en la LOPGDD**

El Título VII de la LOPDGDD regula exhaustivamente las Autoridades de protección de datos. Por su parte, el título VIII establece las reglas aplicables al procedimiento en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos. Asimismo, se deben tener en cuenta las previsiones recogidas en la disposición adicional vigésima y en las transitorias primera y tercera.

Algunos aspectos de interés de esa regulación del título VII a efectos del presente trabajo serían los siguientes:

En el Capítulo I, relativo a la Agencia de Española de Protección de Datos, conviene resaltar lo siguiente:

- La creación de la figura de un Adjunto (art. 48).
- Se modifica la composición del Consejo Consultivo de la Agencia (art. 49)
- En cuanto a publicidad, serán públicas las resoluciones de la Presidencia que sanciones con apercibimiento a las entidades a que se refiere el art. 77.1 de esta ley orgánica (art. 50).
- En el ámbito de las potestades de investigación y planes de auditoria preventiva hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 51 sobre ámbito de la investigación y personal competente para llevarla a cabo.
- Igualmente es importante el deber de colaboración de las Administraciones Públicas establecido en el art. 52.
- Hay unas importantes reglas sobre el alcance de la investigación (art. 53)
- Las potestades de regulación («disposiciones que fijen los criterios a los que responderá la actuación de esta autoridad») a través de «Circulares de la Agencia Española de Protección de Datos»

Por su parte, el Título VII regula el procedimiento en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos, en el que se incorporan muchas de las previsiones recogidas en el Real Decreto-ley 5/2018, antes citado. Y, entre otras muchas cuestiones que ahora no procede analizar, se encontraría el reconocimiento de la facultad de la AEPD, «antes de resolver sobre la admisión a trámite de la reclamación, de remitir tal reclamación a l DPD a los efectos previstos en los arts. 37 y 38.2 de la LOPDGDD (art. 65.4). Si no se hubiera designado DPD, será el responsable o encargado del tratamiento quien deberá dar respuesta a la reclamación en el plazo de un mes.

10. Régimen de responsabilidades y sanciones: Idea general. Aplicación al Sector Público

Uno de los pilares de esta nueva regulación era dotar a la normativa (y, en particular, a las autoridades de control) de «poderes coercitivos más contundentes» con el fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas como consecuencia de los tratamientos de datos personales. Con esa finalidad de fortalecer la aplicabilidad del nuevo marco normativo en esta materia, no quedaba otra opción que hacer el necesario hincapié en el poder sancionador. Y eso es algo que se recoge en los Considerandos 149 y siguientes del RGPD.

En todo caso, como anuncia el título del presente epígrafe, la pretensión de estas líneas es solo poner el foco de atención en la aplicación de ese régimen sancionador al ámbito de las entidades locales y de su sector público, que se ve mediatizada por la regulación que se prevé en la LOPDGDD, dónde –a pesar del cambio cualitativo que implica el RGPD– en el ámbito sancionador se sigue el viejo patrón de la LOPD de 1999, con algunos matices.

A. Regulación del régimen sancionador aplicado al Sector Público en el RGPD

El Capítulo VIII del RGPD se enuncia del siguiente modo: «Recursos, responsabilidad y sanciones». De esa amplia y detallada regulación (con un significado endurecimiento del régimen sancionador, tal como ya se ha dicho), solo nos interesa particularmente lo que tiene que ver con la previsión puntual del régimen sancionador para las autoridades y organismos públicos prevista en el art. 87.3 RGPD: «7. Sin perjuicio de los poderes correctivos de las autoridades de control en virtud del artículo 58, apartado 2, cada Estado miembro podrá establecer normas sobre si se puede, y en qué medida, imponer multas administrativas a autoridades y organismos públicos establecidos en dicho Estado miembro».

B. **Regulación del régimen sancionador aplicado al Sector Público en la LOPDGDD**

El Título IX del LOPDGDD trata del Régimen sancionador. Y muy brevemente nos interesa hacer mención a la previsión recogida en el art. 77 LOPDGDD, puesto que tal regulación representa un régimen sancionador absolutamente *blando* en comparación con el que se prevé para el sector privado, lo que da a entender una suerte de blindaje de la clase política (no en vano esta ocupa, como altos cargos o asimilados, la condición de *responsables del tratamiento* en las Administraciones Públicas y en las entidades de su sector público) frente al endurecimiento del régimen sancionador que, con carácter general, impuso el RGPD.

El «régimen aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento», locución que esconde denominar a las cosas por su nombre (esto es, excepcionar o singularizar mediante una «rebaja» la aplicación del régimen sancionador para los responsables y encargados de la Administración Pública y de sus entidades del sector público (salvo empresas públicas), se recoge en el importante art. 77 LOPDGDD.

Por lo que ahora importa, las novedades más destacables de esa regulación (que en buena medida sigue los pasos, con algunas variaciones, de la recogida en el derogado art. 46 de la LOPD 15/1999. En efecto, se ha implantado de nuevo un *régimen light* en materia de régimen sancionador aplicable al sector público (aunque el contexto normativo es radicalmente distinto, muy exigente para el resto y blando para el sector público). Nada hubiese impedido, sin embargo, aplicar un régimen de sanciones singular o específico a los responsables o encargados del tratamiento (en cuanto personas físicas que desempeñan un cargo o responsabilidad de carácter público), así como al personal al servicio de las Administraciones Públicas, tipificando las sanciones que se pueden imponer en ese caso, que bien podrían ser individualizadas (al menos para los responsables y encargados), tal como se ha hecho en la normativa de transparencia que han aprobado diferentes Comunidades Autónomas. No deja de ser paradójico que cuando está en juego un derecho fundamental como la protección de datos personales se persiga con menos intensidad que cuando se trata de un derecho de configuración legal como está actualmente considerado el derecho de acceso a la información pública.

Este *régimen blando en materia sancionadora* se caracteriza por los siguientes elementos:

- El ámbito de aplicación de ese régimen excepcional o singular se extiende a todas las Administraciones Públicas, organismos públicos, fundaciones y consorcios, así como (blindaje político puro) a los grupos parlamentarios y a los grupos políticos locales. Pero no, adviértase, a las sociedades

mercantiles vinculadas a la Administración matriz, a las que se les aplicaría el régimen general de sanciones del RGPD y de la LOPDGDD.

- Si el responsable o encargado cometieran alguna infracción sería sancionado con *apercibimiento* y adopción, en su caso, de las medidas pertinentes. La notificación se trasladará también a los interesados.
- La autoridad de control «propondrá» (atentos a la fórmula verbal) también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello, que se tramitarán según la normativa sancionadora aplicable.
- En cualquier caso, si la infracción es imputable a una autoridad o directivo, y se acredita que se apartaron de los informes técnicos o recomendaciones sobre el tratamiento (la figura del DPD, emerge), «en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará su publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda». Nada se dice de publicarlo también como exigencia de publicidad activa en el Portal de Transparencia o en la página Web de la entidad pública a la que pertenezca, en su caso, el responsable o encargado del tratamiento.
- Asimismo, se deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones (las de carácter disciplinario o sancionador y cualesquiera otras) a que se refieran los apartados anteriores.
- También se deben comunicar al Defensor del Pueblo e instituciones autonómicas análogas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas al amparo de lo previsto en el art. 77 LOPDGDD
- Si la autoridad competente es la Agencia Española de Protección de Datos se procederá a publicar la resolución referida en el art. 77.1 LOPDGDD, «con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción». Si la competencia es de la autoridad autonómica de protección de datos, se estará en cuanto a publicidad a lo que disponga su normativa específica. Aplazamiento, por tanto, del tema, mientras no se aprueban las leyes autonómicas respectivas (de Cataluña y del País Vasco, así como, en su caso, de Andalucía), lo que a corto plazo no parece muy viable.

Teniendo en cuenta la importancia aplicativa que tiene ese art. 77 LOPDGDD para las Administraciones Públicas y entidades de su sector público, consideramos oportuno por su innegable importancia en su aplicación al sector público local reproducirlo en estas páginas:

1. El régimen establecido en este artículo será de aplicación a los tratamientos de los que sean responsables o encargados:

a) Los órganos constitucionales o con relevancia constitucional y las instituciones de las comunidades autónomas análogas a los mismos.

b) Los órganos jurisdiccionales.

c) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local.

d) Los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas.

e) Las autoridades administrativas independientes.

f) El Banco de España.

g) Las corporaciones de Derecho público cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público.

h) Las fundaciones del sector público.

i) Las Universidades Públicas.

j) Los consorcios.

k) Los grupos parlamentarios de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas autonómicas, así como los grupos políticos de las Corporaciones Locales.

2. Cuando los responsables o encargados enumerados en el apdo. 1 cometiesen alguna de las infracciones a las que se refieren los arts. 72 a 74 de esta ley orgánica, la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento. La resolución establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido.

La resolución se notificará al responsable o encargado del tratamiento, al órgano del que dependa jerárquicamente, en su caso, y a los afectados que tuvieran la condición de interesado, en su caso.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad de protección de datos propondrá también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello. En este caso, el procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario o sancionador que resulte de aplicación.

Asimismo, cuando las infracciones sean imputables a autoridades y directivos, y se acredite la existencia de informes técnicos o recomendaciones para el tratamiento que no hubieran sido debidamente atendidos, en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda.

4. Se deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores.

5. Se comunicarán al Defensor del Pueblo o, en su caso, a las instituciones análogas de las comunidades autónomas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas al amparo de este artículo.

6. Cuando la autoridad competente sea la Agencia Española de Protección de Datos, esta publicará en su página web con la debida separación las resoluciones referidas a las entidades del apdo. 1 de este artículo, con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción.

Cuando la competencia corresponda a una autoridad autonómica de protección de datos se estará, en cuanto a la publicidad de estas resoluciones, a lo que disponga su normativa específica.

Por tanto, en lo que afecta a la Administración local y a las entidades de su sector público debe quedar claro que se este régimen excepcional de sanciones, tal como está regulado en el art. 77 LOPDGDD se aplica a las entidades locales, a los organismos públicos dependientes de estas, a las fundaciones y consorcios adscritos a tales entidades locales, pero no a las empresas públicas de capital total o mayoritariamente local. Asimismo, es a esas entidades citadas, así como específicamente a los responsables y encargados del tratamiento y al personal funcionario o empleado público que lleve a cabo, en su caso, tales operaciones de tratamiento, a las que se les aplican las reglas específicas establecidas en los apdos. 2 a 6 de ese mismo art. 77.

III. **BREVES CONCLUSIONES**

El binomio normativo RGPD/LOPDGDD representa, por tanto, un cambio de paradigma en el modo y manera de entender el tratamiento de los datos personales, también en el sector público local. Y ello implica, cuando menos, tener en cuenta una serie de elementos en ese proceso de implantación ineludible del modelo pergeñado por el Derecho de la Unión Europea (RGPD) y su desarrollo por la LOPDGDD. Sucintamente serían los siguientes:

1. La citada normativa, a pesar de tener un carácter general e imprimir algunas singularidades e inclusive menores exigencias para el sector público (en materia de régimen sancionador, por ejemplo) impacta particularmente en las Administraciones Públicas y en las entidades de su sector público institucional, por lo que las entidades locales deberán tenerla especialmente en cuenta, con las implicaciones que ello comporta de cambio de modelo de gestión de la protección de datos personales.

2. Hay, a lo largo del RGPD y de la propia LOPDGDD un conjunto de obligaciones que las Administraciones Públicas y, particularmente, las en-

tidades locales, deberán cumplir. El papel de las autoridades de control en la exigencia del cumplimiento de tales obligaciones será, sin duda, muy importante, aunque –como se ha reiterado– se ha impuesto en la LOPD-GDD un régimen de sanciones «blando» para la mayor parte de las entidades del sector público, lo que puede conducir a un relajamiento no solo en la puesta en marcha de las innovaciones del binomio normativo expuesto, sino sobre todo (lo que es más preocupante) en lo que afecta a la aplicación efectiva de tales obligaciones normativas, algo que puede llegar a poner en peligro en determinados casos la protección de los derechos fundamentales de las personas físicas por actuaciones poco diligentes del sector público.

3. El proceso de adaptación efectiva de la normativa citada (RGPD/LOPD-GDD) va a ser presumiblemente largo por lo que afecta a su puesta en marcha por las Administraciones Públicas, pues el cambio de modelo de un sistema de *control de cumplimiento* a otro de *responsabilidad proactiva* (aunque también completado por un régimen sancionador endurecido, no para las Administraciones Públicas) será complejo, por las dificultades intrínsecas que ello comporta y por los recursos técnicos, económicos y personales que han de poner en circulación las Administraciones Públicas y las entidades del sector público.

4. Todo ello comporta inevitablemente un cambio de cultura organizativa que implica muchas transformaciones en las organizaciones públicas. A modo de ejemplo se pueden citar las siguientes:

- La adopción real del rol de responsable del tratamiento en el sector público, algo que se ve tremendamente dificultado por la habitual consideración de responsable de tratamiento a órganos de extracción política sin competencias ni conocimientos efectivos en estas materias (especialmente, aunque no solo, en el ámbito local de gobierno) y que, por lo común, ni conocen realmente de la materia y sus implicaciones ni frecuentemente entra en su orden de prioridades más inmediato, a lo que se une ese sistema de sanciones blandas, de las que solo la publicación de los incumplimientos puede actuar como elemento de disuasión de conductas poco diligentes o indiferentes hacia los tratamientos de datos en sus respectivas organizaciones.
- La diferenciación efectiva del papel del responsable y la del encargado, asumiendo el primero su rol efectivo y reordenando estructuralmente las organizaciones (al menos de cierta complejidad o tamaño) con el fin de que ambas funciones se delimiten en cuanto a su estructura o sus papeles. Las directrices y vigilancia efectiva del encargado se tornan necesarias en

el nuevo modelo, así como la elección precisa de este último en función de sus cualificaciones profesionales.

- La puesta en marcha del Registro de actividades de tratamiento es, sin duda, una de las primeras piezas de puesta en marcha del modelo, aparte de que se deben cumplimentar las exigencias de publicidad activa previstas en la LTAIBG, reformada a tal efecto.
- Las medidas de seguridad se tornan asimismo estrictamente necesarias en un modelo de enfoque de riesgos y, por consiguiente, se debe articular el sistema de seguridad (Esquema Nacional de Seguridad) de cada Administración Pública con el contexto de aplicación del binomio normativo RGPD/LOPDGDD en lo que a protección de datos respecta.
- El análisis de riesgo y la adopción de las medidas técnicas y organizativas necesarias para paliar el riesgo en cualquier impacto sobre el tratamiento de datos personales es, asimismo, un elemento sustantivo del modelo, al igual que la evaluación de impacto relativa a la protección de datos cuando ella sea necesaria. En ambos casos el responsable y encargado del tratamiento tienen como punto de apoyo el asesoramiento de la figura del Delegado de Protección de Datos.
- La designación, por tanto, de un Delegado de Protección de Datos es, asimismo, un paso necesario para la puesta en marcha efectiva del modelo de gestión de protección de datos inspirado en un enfoque de riesgos. Se debe acertar en quién se designa y que disponga de las competencias técnicas necesarias para el cumplimiento de las atribuciones que tiene tan importante figura, así como garantizarle un estatuto de independencia y autonomía funcional, sin entorpecer en ningún caso su labor.
- En ese contexto los códigos de conducta y los mecanismos de certificación son dos herramientas de carácter dispositivo, pero de indudable importancia, que se enmarcan en esa *política de compliance* que dibuja tanto el RGPD como la LOPDGDD. Si bien es cierto que en el ámbito del sector público algunos de los mecanismos previstos en el RGPD no se aplican (art. 41), no lo es menos que las Administraciones Públicas y las entidades del sector público pueden disponer de tales herramientas para salvaguardar mejor el cumplimiento efectivo de ese cambio de paradigma que se debe producir en el tratamiento de datos personales (enfoque de «responsabilidad proactiva»; art. 5.2 RGPD).
- El papel de las autoridades de control, también en el ámbito público, es determinante. Y en ese caso, inclusive, se puede decir que más, puesto que al no tener «la espada de Damocles» de fuertes sanciones oscilando por la cabeza, los responsables y encargados del tratamiento en el sector

público pudieran estar tentados de caer en un cierto relajamiento o autocomplacencia. Deberán ser, por tanto, muy exigentes las autoridades de control en el cumplimiento real de las obligaciones que este nuevo marco normativo impone a las Administraciones Públicas y a las entidades del sector público, con la finalidad sobre todo de salvaguardar la protección de los datos personales y de los derechos fundamentales de las personas físicas cuando los datos sean tratados por el sector público, pues sus poderes sancionadores en este caso (aun de cierta relevancia) están muy disminuidos en relación con el que ostentan en relación al sector privado. Tendrán, por tanto, que utilizar de forma inteligente otras facultades correctivas y recursos que les ofrece la actual normativa. Un papel, sin duda, nuclear para el éxito o fracaso del nuevo modelo en el sector público.

- Y, en fin, el régimen sancionador que se ha impuesto en la LOPDGDD para las Administraciones Públicas y entidades del sector público (salvo por lo que respecta a las empresas públicas) es sencillamente poco incisivo o riguroso si lo que se pretende es garantizar de estas el estricto cumplimiento de las exigencias normativas. Se podría haber sido mucho más creativo. No se trata de multar a las organizaciones públicas (algo complejo de defender en un sistema de Hacienda Pública) sino de depurar responsabilidades individuales, también de los responsables, cuando no de los encargados del tratamiento. Da la impresión de que será más fácil incoar expedientes sancionadores a los funcionarios o empleados públicos por incumplimiento de sus obligaciones (acudiendo al procedimiento disciplinario general) que a los propios responsables (por lo común, cuyos titulares son cargos de designación política), pues en estos últimos casos no hay procedimiento sancionador previsto en las Leyes en lo que afecta a tipificación de infracciones ni tampoco a la determinación de sanciones. La única medida de disuasión, como decíamos, es la publicidad del responsable que haya cometido la infracción, pero que solo es personalizada de momento en aquellos procedimientos que incoe la Agencia Española de Protección de Datos. De todos modos, sorprende sobremanera las enormes exigencias que en esta materia tienen que cumplir las organizaciones del sector privado y el relajo con el que el legislador ha regulado los incumplimientos, por muy graves que sean, de tales exigencias en el sector público (apercibimiento). Una situación completamente desigual que no es sostenible en el tiempo.

5. La implantación de este nuevo modelo de gestión comportará necesariamente, tal como se viene insistiendo, un cambio en la cultura de las organizaciones públicas, pues en caso contrario sus impactos serán irrelevantes. Y ese cambio supondrá tiempo y una dedicación de recursos a tales finalida-

des, pero sobre todo disponer del objetivo claro de impulsar una política de protección de datos personales, ya que todo el modelo de gestión y sus distintos elementos van encaminados única y exclusivamente a ese finalidad.

6. Por consiguiente, resulta meridianamente obvio que la implantación de ese modelo preventivo será complejo. Y requiere ordenar bien el proceso de implantación. En primer lugar exige un plan de sensibilización, tanto en el nivel político (responsables del tratamiento) como técnico, que identifique cuáles son las consecuencias a corto y medio plazo que la implantación de ese sistema comporta. Por tanto, mucha formación seguida por una formación reforzada para aquellos puestos de trabajo que vayan a tratar datos personales, especialmente de aquellos que traten categorías especiales de datos o datos masivos. Y sobre todo planificar bien la puesta en marcha de los diferentes elementos del modelo de gestión antes expuesto.

7. Y, en fin, ya por lo que concierne a entidades de pequeñas dimensiones, especialmente en el mundo local, hay que partir del enfoque de irrealidad del que partió el RGPD y que se traslada después sin posibilidad alguna de modulación normativa a la LOPDGDD, sobre todo a la hora de pretender que ese modelo de gestión de protección de datos y de los diferentes elementos que lo componen (por ejemplo, registro de actividades, sistema de seguridad, Delegados de Protección de Datos, códigos de conducta y mecanismos de certificación, etc.) puedan ser aplicados a corto o medio plazo por los municipios, entidades locales u organizaciones públicas que no disponen ni de recursos ni de capacidad de gestión para llevar a cabo tales tareas. Es fácil, en efecto, legislar de espaldas a la realidad. Ciertamente el RGPD no es culpable de que en España la planta local esté absolutamente atomizada, pero sería razonable que el legislador interno cuando desarrolla tales previsiones tuviera en cuenta estos elementos determinantes del contexto. Se impone, por tanto, una aplicación pragmática de las exigencias de tal normativa en tales instituciones y, en todo caso, que se haga uso de las competencias que tanto las Diputaciones provinciales como en algún caso las comarcas (como es el supuesto de Aragón o de Cataluña) tienen para asistir técnicamente a tales municipios y dotarles, así, de las herramientas básicas que puedan representar un cumplimiento de mínimos de las obligaciones normativas, sobre todo teniendo en cuenta que el fin de tal marco normativo no es otro (algo que no conviene olvidar) que proteger adecuadamente los datos personales y los derechos fundamentales de la ciudadanía.

La temporalidad en la función pública local

Juan Rosa Moreno

RESUMEN

Este trabajo parte de la premisa de la todavía alta, aunque diversa, temporalidad en el empleo público, concretamente en el empleo público local, y se centra en dos aspectos relevantes de cara a su reducción y a la eliminación de sus irregularidades. Por un lado, la situación actual es el resultado de acontecimientos nada nuevos, es decir, crisis, restricciones presupuestarias, congelación de plantillas y, por último, procesos de estabilización del empleo temporal. Esto conlleva ofertas de empleo público y procesos selectivos de estabilización y consolidación cuyas bases deben ser normativamente rigurosas, última finalidad de esta parte del trabajo. Por otro lado, también ha sido habitual por las Administraciones públicas la utilización abusiva de las relaciones de empleo de duración determinada, con infracción del Derecho de la Unión Europea y propiciando importantes resoluciones judiciales en los últimos años. Este incumplimiento también es imputable a nuestro Derecho administrativo, o así se defiende en este trabajo, por lo que la labor de interpretación jurisprudencial alcanza especial relevancia, ya que tienen que establecer concretas consecuencias jurídicas tras la acreditación del abuso, no previstas por el ordenamiento. Consecuencias que, a pesar de su valoración global positiva, se consideran mejorables.

Palabras clave: empleo público local, relación de empleo de duración determinada, funcionario interino.

ABSTRACT

This paper is based on the premise of the still high, although diverse, temporality in public employment, specifically in the local public employment, and focuses on two relevant aspects in order to face the reduction and elimination of its irregularities. On the one hand, the current situation is the result of

no new events, i.e., crisis, budgetary restraints, personnel freezing and, finally, stabilization processes of temporary employment. This involves offers of public employment and selective stabilization and consolidation processes, which must have normatively rigorous basis, the final aim of this part of the paper. On the other hand, it also has been usual for public administrations the abusive use of fixed-term employment relationships, with violation of the European Union law and causing important judicial resolutions in recent years. This violation of the European Union law is also attributable to our administrative law, or so it is argued in this paper, so the work of jurisprudential interpretation has special relevance, because they have to establish specific legal consequences after the accreditation of abuse, not provided by the legal system. Consequences which, despite its positive overall assessment, it is estimated that they have to improve.

Key words: local public employment, fixed-term employment relationships, interim officer.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO Y ALGUNOS DATOS. **II**. UN APUNTE NECESARIO: TIPOLOGÍA DE FUNCIONARIOS INTERINOS. **III**. RESTRICCIONES PRESUPUESTARIAS Y PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN. **1**. Las restricciones del actual marco presupuestario. **2**. La exclusión de la ejecución de ofertas de empleo público anteriores. **3**. La pretendida prohibición de nombramiento de interinos. 4. Los nuevos procesos de estabilización del empleo público temporal. **IV**. EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. **1**. Premisas normativas europeas. **2**. El obligado establecimiento de medidas preventivas. **3**. La necesaria aplicación de consecuencias jurídicas. **4**. Posibles «sanciones» en el ámbito de la función pública. **A**. La transformación de la relación temporal en una relación indefinida. **B**. Las debidas consecuencias según el Tribunal Supremo. Una primera valoración. **C**. Otra medida disuasoria: la todavía esperada atribución de responsabilidad a autoridades y funcionarios. **V**. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

I. **PLANTEAMIENTO Y ALGUNOS DATOS DE INTERÉS**

La temporalidad en el trabajo no es un problema exclusivo del empleo público, más bien lo contrario, en este ámbito la temporalidad tiene una dimensión mucho más pequeña que en el sector privado, en el que las cifras son algo más que preocupantes, y ello a nivel global. Según las informaciones publicadas sobre el último informe de la Organización Internacional del Trabajo, España se sitúa primera en temporalidad laboral en Europa. El singular estatuto de nuestra función pública, y la permanencia como nota característica de los funcionarios de carrera, hace que en este ámbito la situación sea distinta. No obstante,

las Administraciones públicas deben velar por ofrecer un empleo estable y de calidad, tanto como premisa para una adecuada prestación de servicios, como desde la perspectiva de la garantía de los derechos de los empleados públicos. De ahí que se considere que la tasa de temporalidad en el empleo público sea constantemente alta y excesiva.

Como propuso SÁNCHEZ MORÓN, en sintonía con el Informe de la Comisión de Expertos del EBEP del 2005, en el empleo público debe articularse la planificación frente a la improvisación[1]. Sin duda, la principal causa de la excesiva temporalidad en el empleo público es la inexistencia de una auténtica planificación estratégica de recursos humanos, y ello a pesar de la puesta en marcha de mecanismos con esa finalidad, como la oferta de empleo público o las relaciones de puestos de trabajo[2]. Esta situación conduce a una selección de personal escasamente reflexionada y al recurso de nombramientos o contrataciones temporales para cubrir necesidades que, en muchas ocasiones, son estructurales. Y esto se ha realizado, y se realiza, en nuestro ámbito administrativo con independencia de la coyuntura económica que exista, aunque, eso sí, la justificación de estas relaciones temporales varía en virtud de la citada coyuntura, es decir, en virtud del margen que ofrezca la correspondiente legislación presupuestaria. Siempre hay motivación formal, sin embargo, muchas veces es falaz.

La temporalidad es algo ya estructural de nuestro sistema de empleo público, lo que, *per se*, no es negativo, es más, se trata incluso de un recurso lógico en un sistema ordenado (si lo fuera), por cuanto que cuando ciertamente concurren circunstancias justificativas, bien por las peculiaridades de un determinado sector, bien por necesidades coyunturales, las relaciones de duración determinada se convierten en la solución. El problema hay que ubicarlo en otros aspectos, como el excesivo uso de estas relaciones de duración determinada, así como el falseamiento o la inexistencia de las causas que las justifican. Todas estas circunstancias, algunas claramente imputables a nuestras Administraciones públicas, han conducido a una situación de la temporalidad sobradamente conocida.

Los datos, en este sentido, son inequívocos y las opiniones sobre los mismos reiteradas. No voy, por ello, a insistir demasiado. Sin embargo, conviene simplemente exponer que, en la actualidad nos encontramos con una todavía considerable tasa de temporalidad en el empleo público. Así, según los datos

1 SÁNCHEZ MORÓN, M.: «El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* 13 extra (2011), p. 27.

2 Sobre la planificación estratégica y las ofertas de empleo público como instrumentos de planificación, vid. ARROYO YANES, M.: *Los instrumentos de gestión del empleo público*, Madrid, INAP, 2016.

del INE, para el conjunto de las Administraciones públicas en los últimos años se ha pasado de una tasa del 23 %, en 2016, a estar cerca del 25 % en el 2018, la tasa más alta, por otro lado, de los últimos diez años[3]. Por otra parte, el empleo en el sector público ha vuelto a superar los tres millones de personas, la cifra más elevada desde el 2012, acercándose a los datos de los años previos a la crisis económica[4]. En el año 2016, el 21 % del empleo en las Administraciones públicas correspondió a Corporaciones Locales[5], empleo público local que se ha ido recuperando en los últimos años (con la excepción de 2016)[6].

Precisamente, respecto de las entidades locales, aunque con carácter general no se alcanzan las cifras de temporalidad de otras administraciones territoriales[7], la situación es análoga. Hace ya más de quince años que el Defensor del Pueblo subrayó el «importante aumento del número de empleados públicos de las entidades locales»[8]. Por ello, esta institución llegó a afirmar que la temporalidad en el empleo público local es un problema realmente grave[9], constatando, además, la irregularidad de muchos nombramientos de funcionarios interinos o de la contratación laboral temporal, produciéndose largas demoras en la inclu-

3 En sintonía con la economía española, en la que nos encontramos con una tasa de temporalidad del 26,86 % (Encuesta de Población Activa, cuarto trimestre de 2018).

4 En el cuarto trimestre de 2018 el empleo en el sector público aumenta hasta 3 211 000. En el tercer trimestre de 2011 se alcanzó la cifra de 3,3 millones de empleos públicos. Aunque respecto de las Administraciones públicas el empleo público alcanzaba a principios de 2018 los 2 5553 505 (*Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, enero de 2018).

5 Datos ofrecidos por MARTÍNEZ MATUTE, M. / PÉREZ, J.J.: «La evolución del empleo de las Administraciones Públicas en la última década», *Boletín Económico*, 4 (noviembre de 2017), pp. 7 y 8.

6 Vid., EMBID IRUJO, A.: «Informe general sobre el Gobierno Local», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, de 2015, 2016 y 2017. En estos tres informes, analiza y ofrece interesantes datos sobre el cambio en la tendencia de la reducción de personal en las entidades locales tras los años de crisis y limitaciones.

7 Según los datos de junio de 2018, del Instituto Aragonés de Estadística, la temporalidad en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón alcanzaba la tasa del 45,6 %.

8 Defensor del Pueblo, Informe sobre «Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público», 2003, p. 95.

9 En el citado Informe del Defensor del Pueblo se referencia que de los 395 000 trabajadores que están directamente vinculados a la Administración local (sin incluir a las corporaciones provinciales que no son de régimen común) no tienen la condición de fijos algo más de 126 000 empleados, es decir, un 32 % del total. Datos que recoge del estudio realizado para el Defensor del Pueblo por la FEMP en 2002 sobre «El empleo público en la Administración local española».

sión de las vacantes en la oferta de empleo público, en la publicación de la correspondiente convocatoria y en la celebración de las correspondientes pruebas, encontrándonos, en definitiva, con funcionarios interinos de larga duración, expresión que, acogida por la jurisprudencia, aparece como una nueva categoría de funcionario interino, lo que, además de añadir complejidad jurídica a esta figura, supone la declaración del incumplimiento sistemático de nuestras administraciones públicas en materia de selección de personal.

No obstante, hay que realizar algunas matizaciones. La situación que la FEMP constató hace ya más de una década sigue siendo válida. En efecto, la tasa de temporalidad del empleo público varía según el tipo de entidad local y de la naturaleza jurídica de la relación de empleo. El grado de temporalidad es mayor en los ayuntamientos de los municipios pequeños, esencialmente de menos de 20 000 habitantes, y también es mayor respecto del personal laboral en relación con el personal funcionario, aunque tras la generalización de funcionarios interinos específicos (por programa determinado y por acumulación de tareas) se ha producido un incremento de la temporalidad también en este ámbito. Son varias las causas que explican estos hechos, por un lado, el impacto de la última crisis económica en las plantillas de las entidades locales, con la congelación durante varios ejercicios de las ofertas de empleo público, por otro lado, la inadecuada financiación local para el ejercicio de las competencias asumidas y de las obligaciones de prestación de servicios. Este problema de financiación se incrementa si pensamos en la mínima capacidad de financiación propia de los pequeños municipios, lo que conduce, vía convenio u otro instrumento, a buscar puntualmente el apoyo financiero de otras Administraciones públicas para poder contratar o nombrar personal, siempre con carácter temporal. Pero, sin duda y con independencia de la concreta coyuntura económica, una de las causas principales de la temporalidad es, como he indicado al comienzo, la falta de planificación en materia de recursos humanos[10].

Esta genérica imagen que muestran los datos y estadísticas oficiales, con variantes dependiendo de la fuente, no sirve para explicar las diversas realidades locales. Solo cuando se concretan en una entidad local determinada se observa claramente la dimensión del problema. No puedo, en este trabajo, descender a cada una de las entidades locales, pero sí ofrecer algunos detalles que pueden reflejar la idea que quiero trasladar, es decir, que la cuestión del empleo público local, y su temporalidad, reviste una problemática muy diversa, incluso diametralmente opuesta, dependiendo de la concreta realidad local e, incluso, del

10 NAVARRO NIETO, F: «Los planes de estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Temas Laborales*, 103 (2010), p.74.

concreto sector local de actividad. Esta cuestión no es en modo alguno baladí y, además, es conocida, pero vale la pena subrayarla. Lo intentaré a continuación.

En los comienzos de este último periodo de recesión, una primera idea que parecía consolidada es que el empleo público local estaba sobredimensionado[11], aunque ciertamente era, y sigue siendo, una cuestión debatida en la que los datos no son concluyentes[12]. También se llamaba la atención del importante peso de los gastos de personal sobre el total de los gastos de muchas entidades locales, aunque se matizaba que ello no conducía a afirmar que el número de empleados públicos fuera absolutamente desorbitado[13]. Por otra parte, la FEMP ha insistido que esta crisis ha supuesto en las entidades locales la pérdida de más de cien mil empleos, empleos que todavía no se han recuperado, siempre según la propia FEMP[14].

Sin negar lo anterior, lo cierto es que todo depende de a qué nos refiramos. Si nos referimos a la realidad local de Aragón, y vemos las cifras ofrecidas por EMBID IRUJO sobre la evolución del personal al servicio de la Administración local, la variación desde 2008 hasta mediados de 2017 ha sido de un incremento del 0,14 % (se ha pasado de un total de 18 132 a 18 158)[15]. El único efecto que se desprende de datos es la congelación del empleo público local, no parece que haya pérdidas de puestos, aunque puede argumentarse que con esta congelación se ha perjudicado el adecuado ejercicio de competencias y la prestación de servicios, lo que, por otro lado, también sirve para justificar el uso que las entidades locales han realizado de las fórmulas de temporalidad en estos años.

11 Así se exponía, en virtud de los datos, por la doctrina más autorizada, CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal», *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 28 (febrero de 2012), p.8.

12 Así lo apuntó SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas», en *Crisis Económica y Función Pública* (J.A. Fuentetaja Pastor y J. Cantero Martínez, dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2012, p.23.

13 JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas», en *El empleo público local ante la crisis*, Bilbao, Fundación Democracia y Gobierno Local, serie Debates Locales, 2, 2011, pp. 54 y 55.

14 Una exposición y análisis de los impactos cuantitativos de la crisis sobre el empleo público local, puede ver en CUENCA CERVERA, J.J.: *El empleo público local en la España democrática. Una perspectiva institucional*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, serie Claves 16, 2015, pp. 194 y ss.

15 EMBID IRUJO, A.: «Informe general sobre el Gobierno Local», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2017, Zaragoza, Institución Fernando el Católico / Fundación Ramón Sáinz de Varanda (2018), p. 24. Incluso, el empleo público en la Administración autonómica aragonesa se incrementó en un 11,60 %.

Por otra parte, de acuerdo con los datos oficiales de la Administración del Estado, en las entidades locales cerca del 55 % corresponde a personal laboral[16]. Estas cifras también hay que matizarlas. Si hacemos referencia al municipio de Zaragoza la cuestión es radicalmente distinta, con más del 98 % de funcionarios en su plantilla. No obstante, si vamos bajando en población, la realidad municipal empieza a cambiar. Así, en el ayuntamiento de Huesca, su plantilla del 2019 muestra un mayor peso del personal laboral, aunque los funcionarios siguen siendo mayoría (321 plazas de funcionarios, 197 de personal laboral)[17]. El Ayuntamiento de Teruel continúa esta línea, con 173 plazas de funcionarios en su plantilla, y 109 de laborales[18]. Ya es evidente lo que viene a continuación, conforme descendemos a los pequeños municipios disminuye, hasta la mínima expresión, la presencia de funcionarios y aumenta la del personal laboral. Así, en un municipio como Castelserás, de menos de 1000 habitantes, salvo la reserva para funcionario con habilitación de carácter general, el resto es personal laboral (no llegan a la docena), o el municipio de Cubla, con algo más de 50 habitantes, tiene la secretaría-intervención (como tantos otros, bien mediante agrupación, bien con interino o bien ambos supuestos), y dos puestos de personal laboral (uno a tiempo parcial). Si cambiamos de tipo de entidad local y nos fijamos ahora en las supramunicipales, la realidad también es diversa. Así, las diputaciones provinciales tienen un mayor porcentaje de funcionarios, aunque el peso del personal laboral también es notable; sin embargo, la Administración comarcal se sitúa en el extremo inverso, pocos puestos de funcionarios y, por tanto, la inmensa mayoría del empleo público es laboral.

Si ahora nos fijamos en la temporalidad la cuestión se complica, solo tenemos los datos globales a los que ya he hecho referencia y que nos suministran poca información sobre la concreta realidad local[19]. Tenemos que descender, de nuevo, a cada entidad local para constatar la real envergadura del proble-

16 *Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Política Territorial y Función Pública, enero de 2018, p. 33.

17 *Boletín Oficial de la Provincia de Huesca*, 23 (5 de febrero de 2019).

18 *Boletín Oficial de la Provincia de Teruel*, 20 (30 de enero de 2019).

19 Por cuanto que «el número de interinos y contratados temporales no es homogéneo, ciertamente, ni en todas las Administraciones públicas ni en todos los sectores de la actividad administrativa o de los servicios públicos», como certeramente apuntaba SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Informe jurídico sobre el deber de las administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección», *Revista de Administración Pública*, 187 (2012), p. 381.

ma. Simplemente como datos de referencia, en el municipio de Zaragoza la tasa de temporalidad de su Ayuntamiento, a 2 de julio de 2018, se situaba en el 16,33 %, lo que corresponde a 802 empleados no permanentes (710 funcionarios interinos y 92 personal laboral)[20], aunque posiblemente sean un poco más de acuerdo con el Boletín estadístico del personal al Servicio del Ayuntamiento de Zaragoza que, con datos de junio de 2018, señala un total de personal no permanente de 938 personas. En el Ayuntamiento de Huesca puede constatarse en su plantilla de 2019 la gran cantidad de puestos vacantes, sobre doscientos, tanto de funcionarios como de laborales (más de cien plazas vacantes de funcionarios, sobre 321 plazas, y cerca de cien plazas vacantes de personal laboral, sobre 197 plazas). Por su parte, el ayuntamiento de Teruel sigue publicando en los últimos años la relación de personal funcionario interino a nombrar y personal laboral a contratar (para el 2019, 6 contratos laborales temporales, y 11 funcionarios interinos, esencialmente del art. 10.c del TREBEP). De igual manera, si descendemos en la población municipal, los datos cambian sustancialmente, ya que tienen una cantidad considerable de puestos vacantes, esencialmente laborales pero también algunos de los escasos puestos de funcionarios, así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Calanda (con seis plazas de funcionarios) tiene prácticamente todos sus puestos de personal laboral fijo vacantes y, además, cuenta con 3 temporales laborales[21]. Esta circunstancia también concurre en entidades locales supramunicipales, en las que el porcentaje de temporalidad puede aumentar muy considerablemente, como ejemplo extremo se puede citar la Comarca del Jiloca, con 2 funcionarios, 9 personal laboral fijo, y 91 personal laboral de duración determinada (estamos hablando de una tasa de temporalidad superior al 89 %)[22].

Parece evidente que cuando vamos a la concreta realidad local las cifras globales que nos ofrecen las estadísticas oficiales alcanzan otra dimensión, la real y diversa de cada entidad local y, particularmente, nos ofrecen una imagen de las concretas causas en esa entidad local del exceso de temporalidad y de los sectores a los que afecta, ya sea por la singularidad de las competencias asumidas o la escasa financiación ordinaria, o ya sea simplemente por una pésima e irreflexiva gestión de los recursos humanos. En conclusión, la diversa realidad local impo-

20 Según el Decreto de 16 de julio de 2018 de la Consejería de Servicios Públicos y Personal por el que se aprueba la Instrucción General para la gestión de la bolsa de empleo, así como para la selección y cese de personal no permanente del Ayuntamiento de Zaragoza (*BOPZ*, 200, 31 de agosto de 2018, p. 6).

21 *Boletín Oficial de la Provincia de Teruel*, 78 (25 de abril de 2018).

22 *Boletín Oficial de la Provincia de Teruel*, 20 (30 de enero de 2019).

ne la necesidad de adoptar soluciones y medidas distintas respecto de la temporalidad, adecuadas a su concreto perfil en cada entidad local.

No obstante, dejando ahora al margen un conjunto de medidas que, desde la potestad de dirección o de autoorganización, las Administraciones públicas deberían poner en marcha para racionalizar sus plantillas[23], en este trabajo abordaré exclusivamente dos aspectos que tienen por finalidad reducir la temporalidad a sus justos términos, tanto de forma directa y cuantitativa como de manera indirecta y cualitativa. Me refiero, por un lado, a los procesos extraordinarios de estabilización del personal temporal y, por otro, a las medidas preventivas y consecuencias jurídicas respecto del abuso de la temporalidad por parte de las Administraciones públicas. Planteamiento que deriva esencialmente de la actualidad, normativa o jurisprudencial, de estas cuestiones.

II. UN APUNTE NECESARIO: TIPOLOGÍA DE FUNCIONARIOS INTERINOS

Como elemento previo, creo que se hace preciso exponer, aun brevemente, las clases de funcionarios interinos diseñada en nuestro ordenamiento básico, aplicable al ámbito local[24]. Pues bien, como es sabido, con carácter de normativa básica el art. 10 TREBEP se destina a regular los funcionarios interinos, cuya tipología se ha asimilado casi definitivamente a la tipología temporal laboral. En puridad, no es otra cosa que una concreta manifestación del general acercamiento de ambos regímenes jurídicos. De esta forma, son cuatro los tipos de funcionarios interinos[25]: **a**) funcionario interino por vacante, **b**) funcionario in-

23 Vid, CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Las medidas de racionalización de plantillas...», *cit.*, pp. 7 y ss.

24 Prescindiendo en este trabajo de cuestiones relativas al siempre complejo sistema de fuentes en este ámbito, y a la parálisis legislativa que existe en algunas comunidades autónomas, cuyo importante papel legislativo ya fue destacado por la doctrina tras el EBEP, EMBID IRUJO, A.: «Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137 (2008), p. 9. Incluso, para algún sector doctrinal, son las verdaderas culpables de una función pública local sin terminar de perfilar. Sobre la responsabilidad autonómica en este ámbito, y sobre el sistema de fuentes, puede consultarse CASTILLO BLANCO, F.A.: «El empleo público local: situación actual y perspectivas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 13 extra (2011), pp. 97 y ss.

25 En el Anteproyecto de Ley de Función Pública de Aragón se referencian, en su art. 18.1, los cuatro tipos de funcionarios interinos, con una novedad, en los funcionarios interinos para la ejecución de programas temporales se establece expresamente la medida de que estos nombramientos deben responder «a necesidades no permanentes de la Administración»,

terino por sustitución, **c**) funcionario interino por programa determinado, **d**) funcionario interino «eventual» por acumulación de tareas

Las notas comunes a todas estas clases de funcionarios interinos son dos, en primer término, la justificación de su nombramiento en virtud de razones de necesidad y urgencia; en segundo término, las funciones que desempeñan, esto es, funciones propias de los funcionarios de carrera. Ahora bien, las concretas circunstancias que habilitan el nombramiento son propias para cada una de las distintas clases de funcionarios interinos, y motivan las diversas causas de cese. Se trata de causas tasadas legalmente para que el nombramiento de interinos no quede, en definitiva, a la discreción de la Administración pública[26]. De acuerdo con el citado precepto del TREBEP, estas circunstancias son:

a) «La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera»; se trata de la clásica circunstancia que motiva el nombramiento de funcionarios interinos por vacante, interinos en sentido propio.

b) «La sustitución transitoria de los titulares»; hace referencia este supuesto a otra de las clásicas causas de nombramiento de interinos.

c) «La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten»; funcionarios interinos por programa determinado, tipo introducido por el EBEP y modificado, en cuanto a su duración, en 2014. Se trata de la versión jurídico-administrativa del contrato laboral temporal por obra o servicio determinado.

d) «El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses»; funcionarios interinos «eventuales» por acumulación de tareas, introducido por el EBEP. Se trata de la versión jurídico-administrativa del contrato laboral temporal por circunstancias de la producción; denominado en el ámbito laboral contrato eventual.

Con el EBEP, por tanto, se traspasaron las clásicas fronteras del nombramiento de funcionarios interinos que fijaba el antiguo art. 5.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, vigente hasta la aparición del Estatuto básico. Son funcionarios interinos, decía dicho precepto, los que, por raz6n de

medida que, como se verá, intenta impedir el abuso de la temporalidad en estas relaciones de duración determinada. Además, en el punto 3 del mismo art. 18 se prohíben las prórrogas de los nombramientos de interinos.

26 Como con acierto apunta SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Clases de personal», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público,* 2ª ed., *Lex Nova*, Valladolid, 2008, p. 94.

necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera. El funcionario interino por vacante o, en su caso, por sustitución, eran las únicas posibilidades legales existentes. Con la tipología introducida en 2007 se incorporaron modalidades de funcionario interino a semejanza de los contratos temporales contemplados en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores. Es más, la sustitución, en el empleo público, de estas figuras contractuales de régimen laboral por nombramientos de personal interino en régimen administrativo fue la finalidad perseguida. Así se exteriorizó en las instrucciones adoptadas, en 2007, para la aplicación del EBEP en la Administración General del Estado, en las que, respecto de los nuevos dos supuestos de funcionarios interinos, se dice que «el objetivo que se pretende conseguir es reducir al mínimo indispensable la utilización de las figuras de los contratos por obra o servicio y por circunstancias de la producción»[27]. De esta forma, en la Instrucción de 17 de noviembre de 2010, sobre procedimiento de autorización de contratos de personal laboral, nombramiento funcionarios interinos y de personal estatutario temporal en la Administración General del Estado[28], se establece, en su punto 2.2, que «se acudirá al nombramiento de funcionarios interinos, y no a la contratación de personal laboral temporal, para ejecutar programas de carácter temporal y atender el exceso o acumulación de tareas que requieran la realización de funciones de apoyo administrativo o burocrático y, en general, para efectuar todas aquellas funciones para las que existan cuerpos y escalas de funcionarios».

Un dato relevante es que estas dos modalidades de funcionarios interinos previstos por el art. 10 del TREBEP no exigen la previa existencia de una vacante, singularidad que justifica la adopción de medidas concretas de duración de estos nombramientos, aunque respecto de los funcionarios interinos por programa determinado estos límites temporales se introdujeron en la reforma del EBEP 2014[29]. Evidentemente, esto no impedía, ni impide, que se deban respetar los condicionantes presupuestarios que, en todo caso, han de cumplir-

27 Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (*BOE* 23 de junio).

28 Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y Presupuestos y para la Función Pública.

29 Realizada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa; además, también en esta reforma se adicionó el apdo. 6 del art. 10 del EBEP para fomentar la movilidad y flexibilizar la dependencia funcional de estas nuevas modalidades de funcionarios interinos.

se[30]. Por ello, solamente en el supuesto de funcionario por vacante se establece la obligación de incluir dichas plazas vacantes en la oferta de empleo. No en todo caso, por tanto, se requiere legalmente la existencia de previa vacante de un puesto de trabajo de funcionario de carrera para el nombramiento de funcionarios interinos, lo que conlleva importantes consecuencias de diversa índole, como su consideración de efectivos no de plantilla, o respecto del abuso en su utilización con incumplimiento de plazo o, conectado con esto, las causas que pueden justificar su cese.

En efecto, de acuerdo con el art. 10.3 TREBEP, el cese de los funcionarios interinos se produce, además de las causas generales previstas para los funcionarios de carrera, cuando finaliza la causa que dio lugar a su nombramiento, es decir, bien cuando la plaza deja de estar vacante, ya sea por la incorporación a la misma de un funcionario de carrera o por su amortización, o bien, en las dos últimas modalidades, cuando culmina el programa temporal o la situación del exceso o acumulación de tareas y, en todo caso, cuando se produce la finalización en virtud de los límites temporales establecidos. Ahora bien, teniendo en cuenta que cualquier nombramiento de interino, sea la modalidad que sea, se ha de justificar en razones de necesidad y urgencia, la desaparición de estas razones ha sido considerada por la jurisprudencia, desde ya hace años, como causa justificativa de cese sin necesidad de la cobertura de la plaza o de su amortización. Por tanto, «no sólo la cobertura de la plaza o su amortización justificaría el cese del funcionario interino, sino que, también, tal cese se puede producir, finalizando en consecuencia la relación de servicio, por libre remoción de la Administración cuando, a juicio de la misma, desaparezcan las razones de urgencia o necesidad que determinaron el nombramiento»[31].

Estas modalidades de funcionarios traídas del ordenamiento laboral tampoco eran absolutamente extrañas en el Derecho administrativo, ni en la función

30 En este sentido, el apdo. 3.1.1.d) de la citada Instrucción de 17 de noviembre de 2010, determina que «dado que el nombramiento de personal funcionario interino para la ejecución de programas de carácter temporal y por el exceso o acumulación de tareas no precisa la existencia de plaza vacante en la relación de puestos de trabajo, su nombramiento requerirá, en el supuesto de nombramiento para la ejecución de programas de carácter temporal, que sean de índole extraordinaria, cuenten con dotación presupuestaria y tengan una fecha de finalización. En el supuesto de nombramiento por exceso o acumulación de tareas, el plazo máximo de duración será de seis meses dentro de un período de doce meses. En todo caso, se exigirá que se cuente con dotación presupuestaria»

31 Fundamento jurídico tercero de la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª) núm. 171/2018 de 15 marzo (JUR\2018\155984), en la que se cita la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido.

pública. En la práctica administrativa, desde hace muchos años, existían interinos sin vinculación expresa a plaza alguna, ya sea porque no las tenían identificadas, esencialmente en el ámbito local, ya sea por la situación histórica concreta, como fue la constitución de los primeros ayuntamientos democráticos y las necesidades urgentes de personal que facilitó nombramientos rápidos y con peculiares sistemas de selección, si así se podían llamar[32]. Pero también existen precedentes legislativos. Así, en primer lugar, en el ámbito sanitario, sin duda derivado de su origen laboral, el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, dentro de la relación funcionarial especial que regula contempla figuras análogas, aunque no referidas al personal interino, modalidad que queda subordinada a la exigencia de vacante, sino referidas al que denomina personal eventual[33], cuyo nombramiento se prevé para supuestos de prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria; para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios; o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. En segundo lugar, en la legislación de algunas comunidades autónomas, que previamente ya había incorporado los funcionarios interinos para la ejecución de programas temporales[34].

Para terminar solo dos apuntes más referidos al ámbito local. Como es sabido, los funcionarios con habilitación de carácter nacional cuentan con su normativa específica que, entre otras cuestiones, contempla la cobertura de sus puestos reservados mediante distintas fórmulas, entre las que se incluye el nombramiento de funcionario interino, con las modalidades previstas en el art. 53 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula su régimen jurídico. De acuerdo con ello, aquí nos encontraremos con funcionarios interinos que ocupan, en todo caso, plaza vacante y a las que se aplicarán las medidas básicas establecidas, entre ellas la que determina el art. 10.4 TREBEP. También

32 En este sentido, EMBID IRUJO, A.: «Trece proposiciones sobre selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo en el Derecho Español», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 13 (1993), p. 315.

33 El art. 9.1 de la Ley 55/2003, clasifica a los nombramientos de personal estatutario temporal como de interinidad, de carácter eventual o de sustitución, cuyo origen hay que situarlo en la Ley 30/1999, en este sentido, véase LARIOS RISCO, D., en el comentario que realiza al art. 10 del EBEP, en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (Palomar Olmeda y Sempere Navarro, dirs.) (2ª ed.), Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2009, pp. 111 y 112.

34 Así, el País Vasco, mediante la Ley 16/1997, de 7 de noviembre, o Castilla-La Mancha, mediante la Ley 1/1999, de 4 de marzo, ambas de modificación de sus respectivas leyes sobre función pública.

concurre una notable peculiaridad en la policía local, ámbito en el que se ha prohibido la utilización de nombramiento de personal interino en alguna legislación autonómica, como la de Aragón[35], lo que conlleva no pocos problemas de personal en este ámbito, tanto derivado de la inexistencia de procesos de estabilización, como derivado, esencialmente, de la utilización de la tasa de reposición como referente y límite para la selección de personal de nuevo ingreso, como se tratará a continuación.

III. **RESTRICCIONES PRESUPUESTARIAS Y PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN**

Ya es sabido que los procesos de consolidación no son nada nuevos, pero quizás lo que se nos olvida es que las restricciones presupuestarias tampoco lo son[36], aunque la congelación, con carácter general, de las ofertas de empleo público que se produjo tras la última crisis económica (ejercicios 2012-2015[37]) supuso un duro golpe a la selección de personal estable en las Administraciones públicas. Limitación que también alcanzaba a los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del EBEP. Limitaciones y congelaciones que, como toda política de recursos humanos en nuestro país, se realiza sin reflexión, bloqueándose el reclutamiento sin medidas de optimización de efectivos y de su rendimiento[38]

En efecto, las restricciones de las ofertas de empleo público, así como las relativas al nombramiento de funcionarios interinos o a la contratación temporal, fueron una constante desde la década de los noventa hasta prácticamente la

35 Art. 10 de la Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de Coordinación de Policías Locales de Aragón.

36 Véase la exhaustiva historia de los ajustes y recortes de la última década, realizada por CASTILLO BLANCO, F.A.: «El estado del empleo público local», ponencia presentada en el Seminario sobre relaciones colectivas organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 17 de noviembre de 2016, pp. 4 y ss. Disponible en: http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Castillo_Blanco_Federico_SRC_2015.pdf

37 Esta congelación empezó en el ejercicio 2012, de acuerdo con el Real Decreto-ley núm. 20/2011, de 30 de diciembre, de Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Sobre el mismo véase PALOMAR OLMEDA, A.: «Las políticas de restricción del gasto público como elemento de ordenación de la gestión pública de recursos humanos y las formas de su articulación», en *Crisis Económica y Función Pública*, *cit.*, esp. pp. 134 y ss.

38 Como con acierto manifestó PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos* (11ª ed.), Madrid, Dykinson, 2016, p. 757.

manifestación de la última crisis económica. Así, en el citado periodo ha sido casi normal ver en las leyes de presupuestos importantes restricciones a las ofertas de empleo público, concretamente llegaron al 25 % de la tasa de reposición, aunque en algunos ejercicios presupuestarios se excluyó de la aplicación de estas restricciones a las Corporaciones locales de menos de 50 000 habitantes, así como a determinados sectores, como la policía local. Significativa en este sentido fue la Ley de Presupuestos Generales para el año 2003, en la que, tras el correspondiente acuerdo entre la Administración y los sindicatos, se elevó la tasa de reposición hasta un máximo del 100 %, y ello por cuanto que se entendió que la anterior restricción en la oferta mantenida durante seis ejercicios había cumplido sus objetivos y, en ese momento, tocaba poner el énfasis en la consolidación de empleo y en la reducción de la temporalidad. Además, en esa misma ley, y con independencia de la tasa de reposición, se habilitó a las Administraciones públicas para convocar procesos de consolidación de aquellas plazas que, estando dotadas presupuestariamente e incluidas en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo o plantillas, estuvieran desempeñadas interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2001[39]. Como puede verse, como antecedente más cercano, hace unos quince años se repitió una situación presupuestaria parecida a la que existe en estos momentos.

Igual que en estos momentos, de estas restricciones se salvaban los procesos selectivos correspondientes a ofertas de empleo público de ejercicios anteriores. No obstante, también aquí la inactividad administrativa produjo sus efectos negativos, y ello en virtud de la interpretación del plazo de caducidad de las ofertas de empleo público.

Por otro lado, también la prohibición general de nombrar funcionarios interinos y de contrataciones temporales ha venido, desde aquellos años, estableciéndose sistemáticamente y, desde el ejercicio de 2003, claramente con carácter básico, incluso con mayor exigencia, por cuanto que estos nombramientos computaban a efectos de cumplir el límite máximo de la tasa de reposición de efectivos.

Sin duda, esta reciente historia presupuestaria afecta a la situación actual del empleo público. A partir de ahora me referiré exclusivamente a la situación presupuestaria actual (concretamente de los dos últimos años) y a sus importantes efectos para rebajar la temporalidad en el empleo público, esencialmente, los nuevos procesos de estabilización, nuevos solo desde la perspectiva cronológica.

39 Exposición de Motivos y art. 20 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003.

1. Las restricciones del actual marco presupuestario

Aunque ya para el ejercicio del año 2015 se había rebajado la restricción de la oferta de empleo público para los sectores prioritarios, es en el ejercicio del año 2016 en el que, por fin, se permite cubrir, con carácter general, hasta el 50 % de la tasa de reposición (100 % para sectores prioritarios expresamente referenciados). También hasta el 2016, esta limitación alcanzaba a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo (previsión de la disposición transitoria cuarta del EBEP). Pero, sin duda, la ruptura definitiva vino de la mano de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, cuyo planteamiento se trasladó al ejercicio del año 2018, aunque con notables cambios en cuanto a las exigencias de estabilidad presupuestaria y financiera[40].

Como consecuencia del Acuerdo para la mejora del empleo público, de 29 de marzo de 2017, entre el Gobierno de España y los sindicatos (CC OO, UGT y CSIF), se introdujo en la citada Ley de presupuestos generales una renovaba regulación, en su art. 19, en cuanto a las restricciones en materia de tasa de reposición, así como medidas encaminadas a la reducción del empleo temporal mediante el pistoletazo de salida de nuevos procesos de estabilización del empleo público, con el objetivo último de reducir la tasa de temporalidad en cada ámbito de consolidación por debajo del 8 %. De esta forma, aunque la tasa de reposición se fijó, con carácter general e igual que en el ejercicio anterior, en el 50 %, y la de los sectores prioritarios en el 100 %, lo cierto es que, por un lado, estos sectores fueron ampliados[41] y, por otro lado, se establecieron tasas adicionales (las de estabilización a las que después me referiré). Porcentajes a los que es posible adicionar hasta un 10 %, de conformidad con el art. 70.1 del TREBEP. Pero también se introdujeron otras importantes novedades, como la exclusión del cómputo a efectos de la tasa de reposición de las plazas de promoción interna, así como las correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial. Es relevante señalar que, en cuanto a los sectores prioritarios, muchos de ellos afectan claramente a las entidades locales, y no solo a la policía local o los servicios de prevención y extinción de incendios, sino también a otros ámbitos como el asesoramiento jurídico y la gestión de los recursos públicos, transporte público o el relativo al personal de atención a los ciudadanos en los servicios públicos.

40 Aunque respecto de la policía local y de los servicios de prevención y extinción de incendios, ya se había establecido en la Ley de Presupuestos Generales de 2017 la exigencia a las entidades locales de cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria.

41 Incluyendo las plazas del personal de seguridad y emergencias, las del personal que realiza una prestación directa a los usuarios del servicio de transporte público, y las del personal de atención a los ciudadanos en los servicios públicos.

Siguiendo con esta línea, y como consecuencia del II Acuerdo para la mejora del empleo público y condiciones de trabajo (entre Gobierno y sindicatos), de 9 de marzo de 2018, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, empieza por distinguir a aquellas Administraciones Públicas que en el ejercicio anterior hayan cumplido los tres objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y regla de gasto[42], de aquellas otras que no los hayan cumplido, y de acuerdo con esta distinción establece tasas de reposición, bien con carácter general o bien respecto de los sectores prioritarios, así como tasas adicionales y, por último, tasas específicas referidas a determinadas Administraciones públicas (como las entidades locales), o a determinados colectivos (como la policía local).

Así, con carácter general, para las Administraciones públicas cumplidoras se establece una tasa de reposición del 100 %, para las incumplidoras la tasa es del 75 %, y solo tendrán una tasa de reposición del 100 % en los sectores prioritarios[43].

De igual manera, respecto de las tasas adicionales, además de la relativa a la nueva habilitación para procesos de estabilización del empleo temporal, se establecen otras. En este sentido, para la Administraciones públicas que hayan cumplido los tres objetivos antes señalados se establece una tasa adicional del 8 % para «aquellos ámbitos o sectores que requieran un refuerzo de efectivos», preferentemente debido al establecimiento de nuevos servicios públicos, al incremento de actividad estacional por la actividad turística, o a un alto volumen de jubilaciones esperadas. Si se trata de una entidad local y, además, ha amortizado su deuda financiera, esta tasa adicional es del 10 %. Para las Administraciones públicas que no hayan cumplido los tres objetivos, la tasa adicional es del 5 %.

Además, se establecen dos tasas específicas[44] que, en lo que hace referencia a las entidades locales, son una tasa del 115 % para la policía local[45], y otra

42 Sobre la puesta en marcha de estos aspectos vid., PALOMAR OLMEDA, A. (dir.): *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2012. Más recientemente, EZQUERRA HUERVA, A. (dir.): *Crisis Económica y Derecho Administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016.

43 Se adiciona como ámbito prioritario el relativo al personal que preste servicios en el área de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

44 Además de la tasa adicional que establece la Disposición adicional centésima sexagésima séptima de la Ley 6/2018, para el personal del servicio de prevención, extinción de incendios y salvamento de la Comunidad Autónoma de Aragón.

45 También debe tenerse en consideración lo dispuesto por la disposición adicional centésima sexagésima quinta de la Ley de Presupuestos Generales para el 2018 en cuanto a la tasa adicional de

tasa adicional del 5 % para los municipios que hayan tenido la obligación legal de prestar un mayor número de servicios públicos como consecuencia del incremento de la población de derecho (respecto de los años 2013-2017). De esta forma, y al margen de ámbitos específicos, nos encontramos en el ámbito local con la posibilidad de aprobar ofertas de empleo público ordinarias sobre una tasa del 110 %, si ha cumplido todas las obligaciones de estabilidad presupuestaria y financiación o, incluso, llegar al 115 % si ha habido un incremento de servicios obligatorios en virtud del incremento de la población[46]. Sin embargo, no debe omitirse que la tasa de reposición como técnica de limitación de la oferta de empleo público sigue existiendo y que, por mucho que elevemos el porcentaje, todo dependerá de la cuantía de la tasa de reposición sobre la que se aplique. Por ello, desde instancias locales se sigue insistiendo en que se suprima esta técnica de limitación y se permita a las entidades locales planificar sus recursos humanos, creando las plazas necesarias en los distintos servicios que prestan (para su posterior oferta), y ello, evidentemente, dentro de los parámetros y con cumplimiento de las obligaciones de sostenibilidad financiera y equilibrio presupuestario[47]. Todo este conjunto de restricciones opera tanto para las Administraciones públicas como para el resto de entidades del sector público, aunque para estas se regula de manera específica, aunque con similares criterios[48].

reposición de la policía local derivada del anticipo de la edad de jubilación de los policías locales, tasa de reposición determinada por el número de bajas que se prevean hasta el ejercicio del 2019. El coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades locales se reguló mediante el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre.

46 Igual que en el ejercicio anterior, debe tenerse en cuenta, por una parte, que no computan dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición las plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna, así como las correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial; y por otra parte que la tasa de reposición de efectivos correspondiente a uno o varios de los sectores podrá acumularse en otro u otros de los sectores cuya cobertura se considere prioritaria o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

47 Tasa de reposición que seguía operando en el fallido proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 con una importante salvedad, no se contemplaban con carácter general los procesos de estabilización.

48 Me refiero a las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones públicas, sobre las que se establece una tasa de reposición vinculada al sector público en el que operan o bien, en otro caso y con carácter general, del 50 % en el 2017 y del 75 % en el 2018 (incluso se prevén supuestos de hasta el 100 %). De igual manera, en la Ley de Presupuestos Generales para el 2018 se estableció para estas entidades una tasa adicional para la estabilización de efectivos.

Expuesto este marco presupuestario actual, creo que es oportuno mencionar dos especificaciones que se han repetido en las leyes de presupuestos desde hace bastante tiempo. La primera relativa a la exclusión de la ejecución de ofertas de empleo público de ejercicios anteriores; la segunda en cuanto a la general prohibición de nombramiento de funcionarios interinos.

2. La exclusión de la ejecución de ofertas de empleo público anteriores

Aunque el ingreso de nuevo personal vía ejecución de ofertas de empleo público de ejercicios anteriores se encuentra excluido de la aplicación de las restricciones de la tasa de reposición, lo cierto es que sí que existen limitaciones, la primera de sentido común y la segunda en virtud de la interpretación del plazo para su ejecución.

Ya es conocido el criterio jurisprudencial de constitucionalidad de las restricciones presupuestarias del Estado, así como la sujeción de toda oferta de empleo público a estos límites presupuestarios, sin que ello suponga si vulneración legal ni constitucional alguna[49]. Pues bien, como resulta que las restricciones llevan años operando, las ofertas de ejercicios anteriores no han podido, lícitamente, incluir por encima de esas limitaciones la totalidad de plazas dotadas y ocupadas temporalmente. Ello sin añadir que, como técnica tradicional administrativa, las Administraciones públicas siempre se han resistido a incluir en la oferta de empleo público todas las plazas vacantes ocupadas por interinos, a pesar del mandato legal que incorporaba, e incorpora, la legislación básica –art. 10, respecto de los interinos por vacante–. Es obvio, de sentido común, que lo pendiente por ejecutar y que se excluye se encontraba ya en origen limitado y, por tanto, cuantitativamente disminuido su impacto en el ingreso de nuevo personal. Pero, además, otro aspecto que hace que algunas de esas ofertas anteriores no se puedan válidamente ejecutar es su caducidad.

Así es, el EBEP ya introdujo la obligación de establecer un plazo para el desarrollo y ejecución de las ofertas de empleo público, fijando el plazo máximo de tres años. La naturaleza, esencial o no, del plazo «improrrogable» de tres años que marca el art. 70.1 del actual TREBEP fue objeto de conflictos y, en definitiva, de interpretación jurisprudencial. La doctrina más autorizada ya había

49 Vid., por todas, la STC 194/2016, de 16 de noviembre de 2016, y la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª) núm. 1432/2017, de 25 septiembre, en la que se cita la jurisprudencia ya consolidada y se resuelve un conflicto respecto de ofertas de empleo público de la Administración autonómica aragonesa, resuelto, precisamente, en sentido contrario por el la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Aragón.

interpretado que el plazo que en cada caso se fijase debía sujetarse al máximo de tres años establecido con carácter básico, y que por desarrollo ha de entenderse la efectiva puesta en marcha de los procedimientos de selección[50]. No obstante, la situación sobre la naturaleza esencial de este plazo y, por tanto, sobre las consecuencias de su incumplimiento, no era pacífica[51]. Sin embargo, parece que la jurisprudencia se ha inclinado por identificar la caducidad de las ofertas de empleo público en caso de incumplimiento del plazo esencial de tres años para su ejecución, y la consiguiente nulidad de los procesos de selección, y ello incluso referido a las ofertas anteriores al EBEP pero que se pretendieron ejecutar, con incumplimiento del improrrogable plazo de tres años, ya entrado en vigor el mismo. Así lo han señalado algunos Tribunales Superiores de Justicia y, parece, que también el Tribunal Supremo.

En este sentido, notable fue la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 7ª) núm. 465/2016 de 22 julio, en la que insistiendo en el criterio que ya había establecido en resoluciones anteriores, y en contra del criterio de otros órganos jurisdiccionales, identificó la esencial obligación de las Administraciones públicas de ejecutar sus ofertas, necesariamente, en un plazo máximo de tres años desde su aprobación y publicación, y la imposibilidad de ejecutarla una vez transcurrido dicho plazo, pues ello, según dicha resolución judicial, «determinaría su contrariedad a derecho y su subsiguiente anulación». Es más, incluso en esta sentencia se estima que no solo su convocatoria, sino toda su ejecución debe llevarse a término en el citado plazo improrrogable. También en ese mismo año la STSJ de Aragón (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 3ª) núm. 392/2016, de 22 septiembre, en un proceso puesto en marcha por la Delegación del Gobierno en Aragón contra la convocatoria de un proceso selectivo del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva, desestimando la apelación, declaró la esencialidad del plazo y la nulidad del correspondiente proceso de selección derivada de su incumplimiento[52]. De igual manera, debe reseñarse la STSJ de Aragón (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª) núm. 118/2017, de 13

50 SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Informe jurídico ...», *cit.*, esp. p. 394.

51 FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «Acceso al empleo público: igualdad e integridad», *Revista General de Derecho Administrativo*, 46 (2017), p. 24, en la que hace referencia a jurisprudencia que considera estos incumplimientos como irregularidades sin relevancia invalidante, y en la que se muestra contrario a imponer la caducidad de las ofertas en estos supuestos de incumplimiento temporal.

52 Como certeramente indica Setuaín Mendía, «esta interpretación se está consolidando en diversos TSJ, y el de Aragón es uno de ellos», SETUAÍN MENDÍA, B.: «Empleo y organización local», *Anuario Aragonés de Derecho Local 2016,* Zaragoza, Institución Fernando el Católico / Fundación Ramón Sáinz de Varanda (2017), p. 48.

marzo, en la que el Tribunal, dirimiendo un conflicto respecto de la convocatoria de procesos de selección del Ayuntamiento de Zaragoza al amparo de la oferta de empleo público del año 2006, se pronuncia favorable a la aplicación del plazo esencial de tres años para la ejecución de la correspondiente oferta de empleo público, y ello a pesar de que se trataba de ofertas anteriores al EBEP; aplicación que no se fundamentó en una pretendida aplicación retroactiva, sino en la aplicación del EBEP al proceso selectivo convocado una vez en vigor el Estatuto Básico[53].

Sin embargo, estas dos sentencias del TSJ de Aragón se encuentran pendientes de la resolución de recursos de casación (interpuestos por los Ayuntamientos de Zaragoza y de Cuarte de Huerva), admitidos por el Tribunal Supremo en virtud de la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la esencialidad o no del plazo de tres años para la ejecución de las ofertas de empleo público, y también en relación a plazas que procedan de una oferta de empleo público anterior a la entrada en vigor del EBEP y, por lo tanto, de su art. 70.1[54].

Por su parte, el Tribunal Supremo parece que también se inclina por la naturaleza esencial del plazo. De esta forma, en un litigio contra la convocatoria de pruebas selectivas de la Comunidad de Madrid, anulada por el TSJ de Madrid en virtud del incumplimiento del plazo de tres años para la ejecución de la oferta de empleo público, el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1747/2018, de 10 diciembre (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª), señala ese carácter esencial del plazo de tres años establecido en el art. 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y, por tanto, el carácter invalidante que acarrea su incumplimiento, justificándolo, además, en la lógica que fundamenta la propia herramienta de las ofertas, al indicar que la relevancia del límite de los tres años «acompaña a la lógica de que se ejecuten las ofertas de empleo público aprobadas para un ejercicio determinado mientras permanezcan las necesidades en virtud de las cuales se elaboraron, necesidades que razonablemente pueden variar de manera significativa más allá de ese margen». Sin embargo, también es cierto que, siguiendo el razonamiento de la resolución recurrida, deja una válvula de escape en forma de justificación extraordinaria, al señalar que son precisas «razones muy poderosas» para no deducir del art. 70.1 del EBEP el carácter invalidante del incumplimiento del plazo, razones que, en el concreto pleito, no

53 No ha sido este el único supuesto en Aragón, véase el informe sectorial de SETUAÍN MENDÍA, B.: «Empleo y organización local», *Anuario Aragonés de Derecho Local 2017,* Zaragoza, Institución Fernando el Católico / Fundación Ramón Sáinz de Varanda (2018), pp. 42 y 43.

54 ATS de 21 marzo 2017 y ATS de 12 febrero 2018 (ambos de la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo).

fueron aportadas por la Administración autonómica. Con independencia de esta última matización, es de esperar que el Tribunal Supremo resuelva los recursos de casación contra las antes citadas sentencias del TSJ de Aragón en el mismo sentido y, por tanto, consolide la línea interpretativa respecto del carácter esencial del plazo de ejecución de las ofertas de empleo público.

3. La pretendida prohibición de nombramiento de interinos

Como se ha apuntado, otra de las reglas presupuestarias que viene repitiéndose hace ya muchos años, y que sigue en el marco presupuestario actual, es la relativa a la prohibición de nombramiento de interinos y de contrataciones de personal temporal. Prohibición que, con carácter de normativa básica, se acompaña de la correspondiente excepción, esto es, salvo casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

El diseño presupuestario es fácil de entender, aunque difícil de respetar en sus justos términos. Por un lado, llevamos tiempo limitando o, incluso congelando, la oferta de empleo público, por otro lado, prohibimos el uso de la temporalidad y, por último, articulamos válvulas excepcionales de escape. En todos estos últimos años, esencialmente hasta el 2017, el recurso que les quedaba a las Administraciones públicas, esencialmente a las entidades locales, era el de justificar el uso de contrataciones y nombramientos temporales para ir cubriendo necesidades de personal; justificación que, obviamente, se fundamentaba formalmente en lo exigido pero que, en muchas ocasiones, realmente respondían a necesidades estructurales que, en teoría, no pueden ser cubiertas mediante mecanismos de reasignación de efectivos[55]. Solo hay que ver las múltiples convocatorias de bolsas de trabajo y lista de espera que se han aprobado, y siguen aprobándose, y que se han convertido en un recurso ordinario para la captación de efectivos.

Esta prohibición ha producido, no ya solo un incremento del personal temporal, sino esencialmente un incremento en el uso indebido de la temporalidad por parte de nuestras Administraciones públicas, utilización abusiva a la que luego me referiré.

Hubiese sido deseable que, en vez de prohibir y establecer salvedades excepcionales, se hubiese inclinado nuestra legislación presupuestaria por re-

55 En este sentido, la Ley 2/2018, de 28 de febrero, de Presupuestos de Aragón para el año 2018, en su art. 33.7 establece que la salvedad del uso de la temporalidad, evidentemente en casos excepcionales para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, está referida, especialmente, a los ámbitos de prestación de servicios esenciales, que no puedan ser atendidos mediante procesos de reestructuración de los efectivos existentes.

cordar que el uso de las relaciones de temporalidad debe estar, en todo caso, justificado en virtud de causas objetivas, que pueden referirse incluso a peculiaridades de un determinado sector de actividad, tal y como se establece en Directiva 1999/70/CE. Es más, la propia Secretaría de Estado de la Función Pública ha señalado que el objetivo de una temporalidad no superior al 8 % del total de efectivos, debe permitir cubrir situaciones en las que con arreglo a la normativa laboral y de función pública está justificada la contratación temporal[56].

4. Los nuevos procesos de estabilización del empleo público temporal

En virtud de los ya citados Acuerdos entre el Gobierno de España y los sindicatos[57], en las leyes de presupuestos para 2017 y 2018 se establecieron tasas adicionales de reposición de efectivos para la estabilización del empleo temporal. Acuerdos que, derivado de la negociación que ponen en marcha, han llevado a su concreción y desarrollo en el ámbito de otras Administraciones públicas[58], y han conducido a otros en el ámbito local[59].

Otra vez, por tanto, nos encontramos con estos extraordinarios mecanismos de selección de personal. Respecto de estos procesos ya son conocidos sus reparos y su caracterización constitucional, es decir, su configuración como procesos excepcionales, así como los recelos que generan y que han sido puestos de manifiesto por nuestra doctrina[60].

56 *Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017*, Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Función Pública, febrero de 2018, p. 2.

57 Véase el exhaustivo comentario que, respecto del Acuerdo de marzo de 2017 realiza CUENCA CERVERA, J.J.: «La temporalidad en el empleo público local: estrategias para su reducción tras el acuerdo para la mejora del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 12 (2017), pp. 54 y ss.

58 Como el Acuerdo de 17 de octubre de 2017 de la Mesa General de Negociación de la Administración Autonómica de Aragón para le Mejora del Empleo Público de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

59 Así, el Acuerdo de las condiciones de trabajo de los empleados públicos de la Administración local de Aragón, de julio de 2018, entre la FAMCP y los sindicatos, en cuyo art. 31 se recogió la puesta en marcha de un proceso de consolidación del empleo para el personal temporal que ocupasen plazas estructurales en las entidades locales.

60 Comentando la consolidación del empleo público de la disposición transitoria cuarta del EBEP, SÁNCHEZ MORÓN ya manifestó que «aunque el Informe de la Comisión previno contra este tipo de medidas, cuya reiteración acaba distorsionando el sistema regular de acce-

Voy a partir, por tanto, de estas premisas para, desde ellas, abordar los nuevos procesos que se han puesto en marcha, y que seguirán hasta el 2020. A modo de esquema, nos encontramos en estos momentos con las siguientes vías de estabilización del empleo temporal[61]:

1ª. La del art. 19 Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

a) Ámbito de aplicación

- Esta vía de estabilización del empleo público afecta solo a los ámbitos expresamente identificados, unos coincidentes con sectores prioritarios y otros referenciados de manera expresa. De entre ellos, alguno se refiere exclusivamente al ámbito local (como la policía local), y otros pueden afectar a determinado personal de las entidades locales (como la gestión tributaria o la recaudación, la inspección y sanción de servicios y actividades).

b) Límites y condiciones

- Esta tasa de estabilización alcanza al 90 % de las plazas afectadas, con el objetivo final de que, en cada ámbito, la temporalidad de sitúe por debajo del 8 %.
- Las plazas afectadas han de estar ocupadas por personal temporal de manera ininterrumpida durante, al menos, los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2016.
- Las plazas deben ser de naturaleza estructural (obviamente con dotación presupuestaria).
- De estos procesos no podrá derivarse incremento de gasto ni de efectivos.
- Las ofertas de empleo público sobre estabilización deberán aprobarse y publicarse en los ejercicios 2017 a 2019.

c) Garantías

En la articulación de estos procesos de estabilización se deben garantizar, en todo caso, los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

so al empleo público, y aunque el Tribunal Constitucional ha expresado también prevenciones y cautelas al respecto, de nuevo la presión de las circunstancias –digámoslo así– ha llevado al legislador a reabrir este tipo de procesos», SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2008, p.414.

61 Además de la tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que se prevé en las disposiciones adicionales de la Ley 6/2018 respecto de sociedades mercantiles y entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público.

2ª. La del art. 19 Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

a) Ámbito de aplicación

Esta vía de estabilización del empleo público afecta a los sectores y colectivos que expresamente se relacionan. De entre ellos, cabe destacar al personal de los servicios de administración y servicios generales, así como al personal de servicios públicos.

b) Límites y condiciones

- No se establece un porcentaje concreto respecto de las plazas afectadas, aunque se sigue manteniendo el objetivo final de que la temporalidad en cada ámbito se sitúe por debajo del 8 %.
- Las plazas afectadas han de estar ocupadas por personal temporal de manera ininterrumpida durante, al menos, los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2017.
- Las plazas deben ser de naturaleza estructural (obviamente con dotación presupuestaria).
- De estos procesos no podrá derivarse incremento de gasto ni de efectivos
- Las ofertas de empleo público sobre estabilización deberán aprobarse y publicarse en los ejercicios 2018 a 2020.

c) Garantías

En la articulación de estos procesos de estabilización se deben garantizar, en todo caso, los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3ª. La de la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, revitalizada por el último párrafo del art. 19 Uno.6 de la Ley 3/2017. Se trata de una vía específica para el personal temporal de larga duración[62].

- No se establece una concreta tasa de estabilización respecto de las plazas afectadas.
- Esta vía de estabilización opera para los ejercicios 2017, 2018 y 2019.
- Las plazas afectadas han de estar ocupadas por personal temporal de manera ininterrumpida desde una fecha anterior al 1 de enero de 2005

62 Vía a la que se le sigue denominando de consolidación, a diferencia de las dos anteriores, nuevos procesos a los que se les denomina de estabilización, diferente terminología que nos sirve de elemento formal de identificación.

- Las plazas deben ser de naturaleza estructural (obviamente con dotación presupuestaria).
- El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.
- Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apdos. 1 y 3 del art. 61 del TREBEP.

4ª. La vía específica del indefinido no fijo. El art. 19 Uno.4 de la Ley 3/2017, así como el art. 19 Uno.7 de la Ley 6/2018, excluyen del límite de la tasa de reposición de efectivos las correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial, por lo que la Administración se encuentra obligada, en caso de no amortizar dicha plaza, a la estabilización de la misma, previa creación, en su caso, de la correspondiente plaza. Este vía queda al margen de los otros procesos de estabilización[63].

Sobre estas cuatro posibilidades, las entidades locales deberán, primero aprobar sus ofertas de consolidación y estabilización del empleo temporal y, después, articular los sistemas de selección, aunque las plazas pueden ser previamente ofertadas para su cobertura de forma definitiva mediante otros mecanismos de asignación de efectivos, como la promoción interna o el concurso de provisión[64].

Pues bien, por un lado, es claro que estas vías de estabilización han prescindido de intentar establecer procesos restringidos, lo cual, además de su posible

63 Tal y como ha entendido la propia Administración General del Estado, véase el documento *Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017*, Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Función Pública, febrero de 2018, p.1.

64 Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Zaragoza, en su oferta de empleo público de 2017, aprobó 6 plazas para el turno de ingreso libre como personal laboral en plazas desempeñadas por personal declarado indefinido no fijo; 57 plazas para el turno libre de consolidación de empleo temporal, y 33 plazas para el turno libre de estabilización de empleo temporal (Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza, núm. 272, de 27 noviembre 2017). En su oferta de empleo público para el 2018, aprobó 81 plazas para el turno libre de estabilización de empleo temporal, y 17 plazas para el turno libre de ingreso como personal laboral en plazas desempeñadas por personal declarado indefinido no fijo (*Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza*, 298, 29 de diciembre de 2018). Por su parte, la Diputación Provincial de Zaragoza, aprobó singularmente una oferta de empleo público de estabilización para 2018, de 37 plazas de funcionarios y 24 plazas laborales (*Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza*, 4, 5 de enero de 2019).

inconstitucionalidad, es tranquilizador. No se trata de procesos de estabilización del empleado, sino de procesos de estabilización del empleo a través del legalmente configurado sistema de mérito. Por otro lado, aunque se trata de unas normas presupuestarias que afectan al instrumento de las ofertas de empleo público, la estabilización del empleo temporal debería ser objeto, previamente, de una planificación de las necesidades estructurales de empleo, y ello bien a través de instrumentos generales de ordenación de los recursos humanos, o bien mediante específicos planes de consolidación o estabilización del empleo temporal estructural[65]. Aunque, de acuerdo con la tradicional actuación pública, no parece que esta sea la opción que están siguiendo nuestras Administraciones públicas. En todo caso, debido al desarrollo de estos procesos en varios ejercicios presupuestarios, las Administraciones públicas, previa negociación colectiva, deben justificar el orden de prelación temporal para la inclusión de las plazas en las distintas ofertas de empleo público, y ello obliga ya a realizar una mínima actividad planificadora.

Con independencia de las claras diferencias entre las distintas vías de estabilización en cuanto a los colectivos afectados, o los ejercicios en los que se pueden desarrollar, lo cierto es que, como mecanismos excepcionales para reducir la temporalidad en el empleo público, todas comparten el mismo objetivo, todas hacen referencia a plazas estructurales y, evidentemente, sobre su desarrollo se han de proyectar las garantías legales. Este último aspecto, es decir, el de los requisitos del proceso selectivo, es el que más problema conlleva y el que más interesa, dejando ahora al margen otros posibles conflictos como, por ejemplo, el relativo al cómputo o características de las concretas plazas. Centrándome, por tanto, en los procesos selectivos de estabilización del empleo temporal, estos se enmarcan en dos claras coordenadas, primera, la legalidad, se trata de procesos, no debe olvidarse, «que deben ceñirse al actual marco legal»[66] en cuanto a su configuración y desarrollo, teniendo en consideración lo dispuesto, esencialmente, en el art. 61 TREBEP, y en la doctrina del Tribunal Constitucional; segunda, la negociación colectiva en cada Administración pública y cada ámbito afectado.

Los concretos sistemas selectivos de acceso en virtud de la estabilización se deberán establecer en turno libre, garantizando la concurrencia de terceras personas, y podrán ser objeto de una convocatoria específica o bien podrán rea-

65 Así lo pone de manifiesto, CUENCA CERVERA, J.J.: «La temporalidad en el empleo público local...», *cit.*, p. 62. En el mismo sentido ya se había pronunciado. NAVARRO NIETO, F.: «Los planes de estabilización del empleo temporal...», *cit.*, pp. 72 y 73.

66 *Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización..., cit.,* p.1.

lizarse conjuntamente con otros procesos selectivos[67]. Pero, en estos procesos selectivos, y no solo en la vía de la disposición transitoria 4ª del TREBEB, se podrán tener en consideración los servicios prestados en el ámbito público y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. En la función pública, esto nos conduce al concurso-oposición[68] y al problema de la ponderación de su peso en el global del sistema, cuestión que ha sido, y es, el aspecto sobre el que hay que poner mayor cautela.

En este último sentido, por una parte, el art. 61.3 del TREBEP determina que sólo se podrá otorgar a la valoración de los méritos de los aspirantes «una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo»; por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional ya hace años que ha establecido que la valoración de los servicios prestados no puede tener una dimensión cuantitativa que rebase lo que denomina «límite de lo tolerable»[69], límite que se deberá valorar en cada supuesto concreto, pero que, por los casos resueltos, parece que se admite una valoración superior al 30 % sobre el total de la valoración del sistema selectivo. Intentando ajustarse a estos requerimientos legales y jurisprudenciales, la Administración General del Estado en su nota de aclaración sobre los criterios comunes para la aplicación de los procesos de estabilización[70] ha señalado expresamente que:

> La puntuación total de la fase de concurso no podrá superar el máximo permitido por la jurisprudencia. En cada ámbito podrá ser objeto de negociación que se alcance dicho máximo. Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar impugnaciones, se considera a este respecto que la puntuación del concurso no debe superar el 40 % del total».
>
> Y que, «dadas las características del proceso de estabilización, puede resultar conveniente que los servicios prestados a valorar sean únicamente los correspondientes a la misma categoría profesional o cuerpo de funcionarios, o al menos que

67 Ejemplo de este último supuesto es la Resolución de la Presidencia de la Diputación Provincial de Teruel, de 21 de diciembre de 2018, por la que se aprueban las Bases de la convocatoria para la selección de veinte plazas vacantes de bomberos de la plantilla de personal funcionario, mediante el sistema de concurso-oposición libre, incluidas en la oferta de empleo público para el año 2015, 2016, 2018 (estabilización) y 2018 (*Boletín Oficial de la Provincia de Teruel*, 247, 28 de diciembre de 2019).

68 Aunque nada impide que se estableciera una oposición por turno libre, sin más, aunque, evidentemente, la negociación colectiva previa no irá nunca por ese camino.

69 Aunque esta doctrina ya viene de lejos, además de la importante STC 27/2012, de 1 de marzo, puede citarse la STC 111/2014, de 26 de junio, así como la más reciente STC 86/2016, de 28 de abril.

70 Nota de la Secretaría de Estado de Función Pública, ya citada, p.6.

> exista una graduación que permita valorar en mayor medida los servicios prestados en la misma categoría o cuerpo. En cambio, y para un mismo tipo de trabajo o funciones concretas, no procede diferenciar la puntuación dependiendo de la Administración para la que se prestaron los servicios, salvo que existan circunstancias objetivas que justifiquen lo contrario y así se hubiera acordado en negociación colectiva.

Son varias las cuestiones que esto plantea. En primer lugar, se han de considerar no solo los servicios prestados a las Administraciones públicas, sino más bien al sector público, tal y como se define su alcance en el ámbito presupuestario[71].

En segundo término, en la fase de concurso, además de valorarse estos servicios prestados a la Administración, evidentemente también se podrán incluir otros tipos de méritos profesionales o académicos, por lo que cuando estos criterios señalan el límite del 40 %, hay que entender que se están refiriendo al total de la fase de concurso. Ya que nos ponemos a elaborar criterios de aplicación en estos procesos, hubiese sido deseable que, además de señalar el límite del 40 % de la fase de concurso, se hubiese indicado el límite del 30 % en cuanto a la experiencia profesional, es decir, en cuanto a la valoración de los previos servicios prestados.

En tercer lugar, en esta valoración de la experiencia previa, debe separarse la valoración de los servicios en la misma categoría profesional o cuerpo de funcionarios, de aquella valoración que hace referencia a los servicios prestados en los concretos puestos objeto de la convocatoria. Esta última posibilidad solamente se prevé, en puridad, para la vía de estabilización de la disposición transitoria cuarta del TREBEP, aunque, en principio, nada impide su extensión a los demás procesos. Aquí es, precisamente, donde se inscribe la recomendación de la citada nota aclaratoria, cuando estima que lo más conveniente es valorar únicamente los servicios prestados en la misma categoría profesional o cuerpo funcionarial, con independencia de la Administración (o entidad del sector público) en la que se hayan prestado. De esta forma, se pueden distinguir unos cuerpos de otros, otorgando mayor puntuación a los de la convocatoria, y se eliminaría cualquier tipo de reparo discriminatorio que pudiese, a la postre, invalidar el proceso selectivo[72]. Ahora bien, si se hace referencia en la convocatoria

71 Y ello para todos los procesos de estabilización, incluida la vía de la disposición transitoria cuarta del TREBEP. Así lo entiende la Abogacía del Estado en su informe de 9 de julio de 2018, «Cuestiones relativas a los procesos selectivos de estabilización de empleo temporal».

72 Así, por ejemplo, lo hacen las bases de la convocatoria para la selección de veinte plazas vacantes de bomberos de la plantilla de personal funcionario de la Diputación provincial de Teruel, al valorar los «servicios prestados en régimen laboral o administrativo en una Admi-

a la valoración de los servicios prestados en unos concretos puestos de trabajo o en relación a unas concretas funciones (precisamente, objeto de la convocatoria), la cautela ha de ser mayor, por cuanto que no procede diferenciar la puntuación en virtud de la Administración (o entidad del sector público) en la que se hayan prestado los servicios, otorgando mayor puntuación si se han prestado en la Administración convocante. No obstante, parece que aquí existen excepciones que –según la nota aclaratoria citada– concurren cuando existen circunstancias objetivas justificativas y así se hubiera acordado en la negociación colectiva. Es decir, determinadas circunstancias objetivas pueden justificar que se otorgue una especial –y por tanto mayor– valoración a la prestación de servicios en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria y, por tanto, en la Administración convocante. Desde luego, esas circunstancias objetivas que tienen que referirse a la singularidad del puesto y de sus funciones, al menos así lo estimo, pueden concurrir en alguna entidad del sector público con funciones tan específicas que no existan en ninguna otra entidad, por lo que parece de imposible concurrencia en el ámbito de las entidades locales.

En todo caso, los procesos de consolidación por la vía de la disposición transitoria cuarta del TREBEP han tenido siempre un mayor riesgo, ya que las Administraciones, previa negociación y utilizando la habilitación expresa de esa disposición, en el sentido de que el contenido de las pruebas debe guardar relación con los procedimientos, funciones y tares habituales en el puesto de trabajo objeto de la convocatoria, se ven respaldadas para establecer valoraciones superiores a los servicios prestados en su propia organización.

Con estas premisas, las entidades locales deben poner en marcha, de acuerdo con sus ofertas de estabilización de empleo temporal, las oportunas convocatorias de consolidación y estabilización, garantizando el cumplimiento de los principios libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad y valorando, entre otros, los servicios prestados y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. Actuación que ya están realizando y no siempre sin dudas sobre su legalidad. Así, por ejemplo, en la convocatoria del Ayuntamiento de Zaragoza para la consolidación del empleo temporal (vía disposición transitoria 4ª TREBEB), aunque el peso de la fase de concurso se sitúa en el 33 %, en la valoración de los servicios prestados en plazas con las mismas funciones que las que son objeto de convocatoria se da mayor puntuación a los servicios prestados en el propio Ayuntamiento de Zaragoza que en otras Administraciones, incluso se

nistración Pública, en un puesto de trabajo de la categoría objeto de la presente convocatoria o denominación equivalente, con las mismas funciones y especialidad que las detalladas» en dichas bases (*Boletín Oficial de la Provincia de Teruel*, 247, 28 de diciembre de 2019).

otorga puntuación a la mera prestación de servicios en el propio Ayuntamiento de Zaragoza, con independencia de las funciones desarrolladas. No se olvida tampoco la convocatoria de valorar la experiencia previa en los puestos de trabajo de la convocatoria, esto es, de nuevo en el propio Ayuntamiento (además con un 22 % de peso en el total del proceso). Aunque, sin duda, cuente con el respaldo de la negociación colectiva, es, al menos, discutible que este tipo de baremos se adecue a los criterios legales y jurisprudenciales, ni siquiera en estos procesos de consolidación del personal de larga duración realizados en virtud de la citada disposición transitoria. La duda se convierte en certeza de vulneración si esto se realiza en las vías de estabilización puestas en marcha por la legislación presupuestaria de 2017 y 2018. Lo iremos viendo durante este y los siguientes años, ya que, aunque las ofertas deberían desarrollarse completamente en los tres siguientes años, parece que ese plazo –al que ya nos hemos referido– pretende cumplirse solo respecto de la publicación de las correspondientes convocatorias y, teniendo en cuenta que estas ofertas pueden aprobarse hasta el 31 de diciembre de 2019, o hasta el 31 de diciembre de 2020 (la relativa a la vía de estabilización de los presupuestos del 2018), queda todavía mucho plazo para publicar las convocatorias de los procesos selectivos[73].

IV. EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

La Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, cuya trasposición debía haberse producido el 10 de julio de 2001 (más un año de suplemento conforme a los condicionantes de la propia Directiva), todavía no ha sido incorporada plenamente en el Derecho administrativo español, en el Derecho de la función pública. Esta afirmación conlleva el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, tanto en lo referente al principio de no discriminación como, esencialmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas –»sanciones»– que se deben aplicar ante el abuso, por parte de nuestras administraciones públicas, en la utilización de las figuras jurídicas existentes para el establecimiento de relaciones temporales de servicio, es decir, el abuso en el nombramiento de funcionarios interinos.

73 Ni siquiera la Secretaría de Estado de la Función Pública se ha atrevido a escribir la interpretación más razonable del plazo del art. 70.1 del TREBEP, al señalar expresamente, en los criterios comunes y aclaratorios, que es recomendable que en ese mismo plazo de tres años la convocatoria estuviera resuelta.

En la citada Directiva existen dos objetivos claramente identificados: primero, garantizar el principio de no discriminación entre los trabadores con relación indefinida y los trabajadores con relaciones laborales o de servicio con duración determinada y, segundo, evitar el abuso en la utilización de la temporalidad en el empleo, exigiendo también el establecimiento de consecuencias jurídicas cuando ello suceda. A estos objetivos dedica la Directiva, esencialmente, sus cláusulas 4 (principio de no discriminación) y 5 (medidas destinadas a evitar la utilización abusiva). Pues bien, a falta de esa completa y adecuada incorporación del Acuerdo marco a nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, se debería realizar por parte de nuestros tribunales una interpretación acorde, conforme, al Derecho de la Unión Europea y, de este modo, evitar que el flagrante incumplimiento normativo de la Directiva sobre el Acuerdo marco se transforme, también, en un incumplimiento de aplicación del Derecho de la Unión Europea por parte de nuestros órganos jurisdiccionales.

Es cierto que la entrada y aplicación de la Directiva relativa al Acuerdo marco en nuestro sistema se ha ido produciendo en virtud de la labor de nuestros juzgados y tribunales y, debe subrayarse, gracias a la resolución por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las diversas (más bien múltiples) cuestiones prejudiciales que le han sido planteadas; pero no es menos cierto que esta labor se ha circunscrito, esencialmente, al principio de no discriminación en el ámbito de las condiciones de trabajo (cláusula 4 del Acuerdo marco), y no tanto a las medidas para evitar o sancionar el abuso de la temporalidad (cláusula 5 del Acuerdo marco), aunque, como es sabido, ya existen en este aspecto significativos pronunciamientos judiciales europeos y españoles.

Desde la perspectiva legislativa, también ha habido cierta evolución respecto de la escasa y, esencialmente, difusa trasposición de la Directiva sobre el Acuerdo marco que caracterizó al Derecho administrativo de la función pública en un primer momento, aunque se trata de una evolución absolutamente insuficiente, ya sea en cuanto al principio de no discriminación, ya sea en cuanto a las consecuencias del abuso de la temporalidad. En efecto, cuando en el 2007 se aprobó el EBEP, aunque ya hacía años que se debía haber incorporado la citada Directiva, no se realizó una adecuada trasposición de la misma. Solamente algunos aspectos parecían responder a la finalidad y obligaciones del Acuerdo marco, como el límite temporal que el art. 10.1.d) del EBEP señaló para los interinos por exceso o acumulación de tareas, o las clásicas cláusulas que, en nuestro Derecho de la función pública, se articulan para justificar el nombramiento de interinos y que, como veremos, pueden operar como razones objetivas a estos efectos.

No obstante, lo que se estableció (y sigue vigente) en el apdo. 5 de su art. 10, esto es, la aplicación a los funcionarios interinos del régimen general de los

funcionarios de carrera «en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición», aunque ha supuesto una cierta aproximación de los regímenes jurídicos de los funcionarios de carrera y de los funcionarios interinos[74], en puridad no supone una adecuada trasposición de la Directiva sobre el Acuerdo marco, sino que más bien facilitó muchas situaciones de claro trato desfavorable a los funcionarios interinos, sin causa objetiva justificativa[75].

Otro pequeño paso positivo se dio con la reforma del EBEP que se produjo mediante la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, en la que, además de flexibilizar la dependencia funcional de los funcionarios interinos, se estableció un nuevo límite temporal, esta vez referido a la figura de los funcionarios interinos por ejecución de programas. Límites temporales que, por otra parte, asimilaban estas figuras de interinidad a los contratos temporales previstos en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Por tanto, en el ámbito del Derecho administrativo, dejando ahora al margen incumplimientos del principio de no discriminación, únicamente se introdujeron algunas medidas para prevenir la temporalidad, pero no se ha pre-

74 Esa aproximación de los regímenes jurídicos de los funcionarios de carrera y de los funcionarios interinos se ha producido en relación con el reconocimiento de derechos, así, PALOMAR OLMEDA, A.: «La reformulación del status de los empleados públicos a la luz del Derecho comunitario: el reconocimiento del derecho a sexenios de los interinos», *Revista española de derecho europeo*, 57 (2016), pp. 75 y ss.; y CANTERO MARTÍNEZ, J.: «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 12 (2017), pp. 9 y ss.

75 Aunque se ha producido esa citada aproximación de regímenes jurídicos, todavía siguen existiendo supuestos significativos de trato desfavorable a los funcionarios interinos, sin ninguna justificación objetiva. Esta afirmación fundamentó, entre otras cuestiones, la carta de emplazamiento (infracción núm. 2014/4224) de la Comisión Europea de 26 de marzo de 2015, C(2015) 1865 final. Además, siguen planteándose cuestiones prejudiciales, en este sentido, al TJUE, con las correspondientes resoluciones judiciales, como el ATJUE de 22 marzo de 2018, Centeno Meléndez, asunto C-315/17. Lo mismo sucede en nuestra jurisprudencia, que sigue resolviendo claras situaciones de discriminación, como los ceses veraniegos de los funcionarios docentes interinos no universitarios. En este último sentido, véase la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª) núm. 966/2018, de 11 junio, aunque cuando se dictó ya se habían adoptado, en el mismo sentido que estima la sentencia, las Conclusiones de la Abogada General, Kokott, de 31 de mayo de 2018 (asunto C-245/17). También en nuestra jurisprudencia constitucional, así la STC 71/2016, de 14 de abril, en la que se anula el precepto de la Ley 10/2012, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se introducía una reducción de jornada exclusivamente para el personal temporal (incluido el personal funcionario interino) y para el indefinido no fijo.

visto consecuencia jurídica alguna cuando se acredita la utilización abusiva de la temporalidad en el empleo, grave situación de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea que, lustros después de su obligada incorporación, todavía andamos interrogando sobre ello al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1. Premisas normativas europeas

El citado Acuerdo marco forma parte del Derecho social de la Unión Europea, y en él se establecen disposiciones protectoras mínimas, lo que le otorga una especial relevancia en cuanto a los derechos de los trabajadores, e impide interpretaciones restrictivas[76]. Como ya se ha apuntado, las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco establecen las obligaciones de los Estados miembros respecto del cumplimiento de sus objetivos, es decir, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación, y establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

La primera de ellas, cláusula 4, contempla el principio de no discriminación. Sobre este principio se proyectan las obligaciones de los Estados miembros, que deberán establecer las disposiciones necesarias para su aplicación «previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales» (punto 4 de la citada cláusula 4). Por su parte, la cláusula 5 contempla las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de los contratos o relaciones laborales de duración determinada, y a establecer consecuencias jurídicas («sanciones») respecto de su incumplimiento. La aplicación de esta cláusula 5 en nuestro Derecho administrativo constituye, ahora, el objeto de atención[77]

76 Ya se apuntaba este importante carácter en la STJUE de 13 de septiembre de 2007, del Cerro Alonso, C-307/05 (apdos. 27 y 38), y se mantiene en la actualidad, véase la STJUE de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, apdo. 38 y jurisprudencia ahí citada.

77 Esta cláusula 5 del Acuerdo marco determina lo siguiente:

> 1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

Conforme al TJUE[78], la concreta finalidad de esta cláusula coincide con los objetivos fijados, esto es, prevenir de manera eficaz los abusos que derivan de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales (o de servicio) de duración determinada (cláusula 1b), para lo cual se imponen límites a esta forma de utilización por considerarla fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores. El Acuerdo marco no impone medidas concretas a los Estados miembros para prevenir abusos en la utilización de la temporalidad, incluso el listado de medidas, que el mismo Acuerdo marco contempla, opera como obligación solo en ausencia de medidas legales equivalentes y efectivas establecidas por los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero resulta mucho más relevante subrayar que esta cláusula 5 también obliga a los Estados miembros a prever consecuencias jurídicas una vez acreditado el abuso en la utilización de la temporalidad.

De esta forma, los ordenamientos de los Estados miembros o bien establecen medidas preventivas propias, efectivas y equivalentes, o bien deben incorporar alguna de las citadas en el primer punto de la cláusula 5. La primera de estas medidas de prevención consiste en el establecimiento de razones objetivas. Para el Acuerdo marco, las relaciones laborales indefinidas son las que, en puridad, contribuyen a la calidad de vida de los empleados y a mejorar su rendimiento, por lo que la exigencia de razones objetivas para la utilización de relaciones temporales se configura como una de las formas posibles para evitar abusos. La segunda y tercera medida hacen referencia a topes cuantitativos, bien referidos a la duración de la relación temporal, incluidas renovaciones o prórrogas, bien referidos al número de renovaciones posibles.

Si el margen de los Estados miembros en el establecimiento normativo de estas medidas preventivas es, por tanto, amplio, en cuanto a las consecuencias

> a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
>
> b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
>
> c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.
>
> 2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:
>
> a) se considerarán «sucesivos»;
>
> b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

78 Por citar algunas, SSTJUE, de 4 de julio de 2006 (C-212/04, Adeneler y otros), de 23 de abril de 2009 (C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros), o de 26 de noviembre de 2014 (asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros).

jurídicas del incumplimiento del Acuerdo marco, esto es, del abuso en la utilización de las relaciones de empleo temporal, este margen es absoluto. El Acuerdo marco no establece en este caso medida alguna, ni siquiera impone la necesidad de que la utilización abusiva, en virtud de la sucesión de contratos o de nombramientos, derive en una relación indefinida. Son los ordenamientos de los Estados miembros los que deberán prever las correspondientes «sanciones» ante el uso abusivo de la temporalidad en el empleo. Como veremos, esta cuestión es la que se encuentra ausente de nuestro Derecho administrativo en cuanto las relaciones de empleo temporal en el ámbito de la función pública.

Sentado lo anterior, creo que es necesario exponer las previas premisas sobre las que actúa la obligación de aplicar, en el ámbito de las relaciones de servicio sometidas al Derecho administrativo, la cláusula 5 de la Directiva sobre el Acuerdo marco; premisas sobre las que no debería ya existir duda en su interpretación y aplicación. Me refiero, esencialmente, al ámbito de aplicación de la citada Directiva, así como a algunos conceptos básicos interpretados ya de manera consolidada por la jurisprudencia europea.

La primera cuestión es la relativa a la aplicación de la Directiva sobre el Acuerdo marco al ámbito de las relaciones de servicio propias del Derecho de la función pública española. Pues bien, desde su aprobación, y publicación, una correcta lectura e interpretación de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco que incorpora lleva, con facilidad, a una conclusión afirmativa, esto es, su ámbito de aplicación alcanza claramente a las administraciones públicas, pero también a las relaciones que en materia de personal se rigen por el Derecho administrativo. La aplicación a los sujetos de Derecho público es algo, desde hace tiempo, reiterado por el TJUE[79], y la inclusión en esta Directiva de las relaciones de servicio propias de los funcionarios ha sido también objeto de pronunciamiento jurisprudencial, de tal forma que en el concepto de trabajador se incluyen «tanto los trabajadores permanentes como los eventuales o de temporada, los fronterizos y cualesquiera otras personas que desarrollen su actividad mediante prestaciones de servicios, incluidos, a salvo la excepción establecida en el artículo 45 TFUE, apdo. 4, los funcionarios o empleados de las Administraciones públicas» [80].

Un segundo aspecto que ya no se debe considerar litigioso es el relativo al alcance del concepto «condiciones de trabajo», noción que incluye la finaliza-

79 Entre otras SSTJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09).

80 Auto del TJUE de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12. Importante y clara fue, en este sentido, la Sentencia TJUE, de 8 septiembre de 2011, asuntos Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09).

ción o extinción de la relación[81]. El punto 1 de la cláusula 4 del Acuerdo marco señala que «por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

Otro relevante término de referencia que ha de despejarse es el de «trabajadores fijos comparables». La cláusula 3.2 del Acuerdo marco define al «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» como aquel trabajador con una relación laboral de duración indefinida, «en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña». Pues bien, la jurisprudencia europea ha interpretado suficientemente este concepto, exigiendo, para la identificación de la situación comparable, que se ejerza un trabajo idéntico o similar, y ello en virtud de la comparación de un conjunto de factores, como «la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales»[82]. Aplicada esta doctrina a la identificación de una situación comparable respecto de los funcionarios interinos la conclusión es clara, el «trabajador fijo comparable» es el funcionario de carrera, por cuanto que no difieren las funciones que realizan, ni la naturaleza del trabajo desempeñado. En realidad, el único factor diferenciador es la naturaleza temporal de la relación de servicio del funcionario interino, factor que no desvirtúa la situación de comparabilidad y que tampoco puede hacerse valer como causa objetiva para justificar tratos diferentes[83]. De esta forma, si no se alega una razón objetiva, distinta del carácter temporal de la relación de servicio, no puede aceptarse ningún trato diferente entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos. En caso contrario existiría una clara vulneración del Acuerdo marco, ya sea por vía normativa, ya por vía judicial[84].

81 SSTJUE de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, apdo. 35, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apdo. 25. Doctrina citada por la STJUE de 14 de septiembre de 2016, Diego Porras, asunto C-596/14.

82 Entre otras, STJUE de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros (asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11).

83 ATJUE de 22 de marzo de 2018, Centeno Meléndez, C-315/17.

84 STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10: «En el supuesto de que un tribunal nacional, incluido un tribunal constitucional, excluyera la aplicación de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco al personal de la función pública de un Estado o permitiera diferencias de trato entre los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera a falta de razones

Como puede observarse, la articulación de «razones objetivas» (distinta a la naturaleza temporal de la relación de servicio) es la única vía para justificar un trato diferente entre los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera, lo que conduce a precisar la interpretación que de este concepto ha realizado la jurisprudencia europea, esencialmente a los efectos de lo dispuesto en la letra a) del apdo. 1 de la cláusula 5 del Acuerdo marco (*razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales*).

En este último sentido, el TJUE ha exigido, para verificar la concurrencia de una causa objetiva, la existencia de «elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto»[85], elementos que pueden referirse a la especial naturaleza de las tareas a realizar por el funcionario interino. También puede operar como razón objetiva la persecución de un objetivo de política social, aunque, en este punto, se excluyen por la jurisprudencia europea consideraciones de índole presupuestaria, como por ejemplo razones de gestión rigurosa en materia de personal[86], por cuanto que estas circunstancias «no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada»[87]. Tampoco es válida como «razón objetiva» la simple circunstancia de que ese trato diferenciado esté previsto en una disposición legal o reglamentaria, ni siquiera para la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, por cuanto que, para justificar esa utilización sucesiva, el concepto de «razones objetivas» exige que «la normativa nacional justifique la utilización de este tipo particular de relaciones laborales por la existencia de factores concretos, derivados principalmente de la actividad de que se trate y de las condiciones en que

objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apdo. 1, de dicho Acuerdo marco, procederá declarar que tal jurisprudencia va en contra de lo dispuesto en estas normas del Derecho de la Unión e incumple las obligaciones que incumben a las autoridades judiciales de los Estados miembros, en el marco de sus competencias, de garantizar la protección jurídica que de las disposiciones de dicho Derecho se desprende para los justiciables y de garantizar su pleno efecto».

85 STJUE de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09 (apdo. 55).

86 STJUE de 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, apdo. 46.

87 ATJUE de 21 de septiembre de 2016, Popescu, C-614/15, apdo. 63.

esta se desarrolla»[88]. No cumpliría, pues, los requisitos de razón objetiva válida, «una disposición nacional que se limitase a autorizar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada de un modo general y abstracto a través de una norma legal o reglamentaria»[89] y, por tanto, nos encontraríamos ante una disposición normativa contraria al Derecho de la Unión Europea.

En resumen, no es ya litigioso que dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo marco se debe incluir a los funcionarios interinos, que el término «condiciones de trabajo» alcanza también a las cuestiones sobre la finalización y extinción de las relaciones de servicio de los funcionarios interinos, que la situación de comparabilidad con los funcionarios interinos es la situación de los funcionarios de carrera y que las razones objetivas que pueden justificar un trato diferente o una utilización sucesiva de nombramientos interinos, no pueden basarse en la naturaleza temporal propia de estos funcionarios ni en consideraciones de índole presupuestaria. Cualquier disposición normativa que simplemente contemple estas circunstancias como justificación de la disparidad de trato o de utilización de la interinidad vulneraría el Derecho de la Unión Europea.

2. El obligado establecimiento de medidas preventivas

La cláusula 5.1 del Acuerdo marco obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para prevenir el uso abusivo de la temporalidad. Este ha de ser el principal elemento de partida. Ahora bien, tal y como ha dejado claro el TJUE, esta obligación que impone el Acuerdo marco deja un margen de apreciación a los Estados miembros. En efecto, los ordenamientos nacionales pueden optar por articular una o varias de las tres medidas que ofrece la citada cláusula[90] e, incluso, establecer medidas propias, equivalentes y efectivas, y ello en virtud de las concretas necesidades que pueden concurrir en los distintos sectores o categorías de trabajadores, aunque siempre teniendo en cuenta que se ha de cumplir el objetivo general del Acuerdo marco y evitando no desvirtuar el efecto útil del mismo[91].

La comprobación de la existencia de estas medidas, en los distintos ámbitos del Derecho administrativo en los que se contempla el régimen jurídico del

88 STJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04.

89 STJUE de 13 de septiembre de 2007, del Cerro Alonso, C-307/05, apdo. 54.

90 Recordar que se trata de: a) razones objetivas para la renovación de la temporalidad; b) la duración máxima de la misma; y c) el número de renovaciones.

91 Apdos. 29 y 30 de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, C-16/15.

nombramiento de interinos o de otro tipo de relaciones de empleo temporales, es la primera e importante labor que han de desarrollar nuestros tribunales para no infringir el Acuerdo marco, en su aplicación.

Pues bien, nuestra jurisprudencia ya ha identificado la existencia de estas medidas en algunos sectores con legislación específica[92]. En cuanto al régimen establecido en el TREBEP, también podemos identificar tanto razones objetivas como límites temporales en los tipos que contempla su art. 10. En primer lugar, cualquier nombramiento de funcionario interino se ha de fundamentar en la existencia de razones de necesidad y urgencia, razones objetivas que han de estar expresamente justificadas. Esta primera medida general, dirigida a evitar el abuso de la temporalidad en la función pública, se ve acompañada por otras medidas específicas respecto de los concretos tipos de interinidad que contempla. Si observamos el citado precepto es fácil advertirlas.

Así, tanto los funcionarios interinos por programa determinado, como los funcionarios interinos por acumulación de tareas, tienen un expreso y nítido límite temporal. Se opta aquí por introducir una concreta duración de estas interinidades. En estas modalidades, los funcionarios interinos cesan, además de cuando desaparezcan las causas de nombramiento, por el vencimiento del plazo que, de acuerdo con el límite legal, se establezca expresamente en su nombramiento. El problema de estas relaciones de interinidad no es otro que su uso excesivamente prolongado en el tiempo, lo que puede obedecer a que las necesidades que cubran no sean coyunturales, sino permanentes, estables en el tiempo. Es esta utilización la que supondría una infracción del Acuerdo marco, por uso abusivo o, incluso, fraudulento de las relaciones de interinidad.

Por su parte, la figura de los funcionarios interinos por sustitución conlleva, en principio, una clara razón objetiva que no es otra que la circunstancia concreta que afecta al titular de la plaza al que se sustituye. El TJUE, desde hace años, ya nos ha indicado esta consideración, al entender que la sustitución temporal de un trabajador para atender necesidades de personal puede constituir, *per se*, una razón objetiva en el sentido expresado por la cláusula 5.1 a) del Acuerdo marco[93]. En todos estos supuestos hallamos, por tanto, medidas apropiadas y adecuadas al Acuerdo marco que, además, operan como causa particular de cese en cada una de esas clases de funcionarios interinos.

92 SSTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 19 febrero 2015, y núm. 426/2017, de 13 de marzo.

93 Véase el apdo. 44 de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, en el que se relaciona la jurisprudencia anterior en este sentido.

La cuestión es distinta en los supuestos de funcionarios interinos por vacante. En efecto, en estos casos, además obviamente de la medida preventiva general ya citada, nos encontramos con una medida particular, esto es, el límite temporal que señala el punto 4 del art. 10 TREBEP; límite que hace referencia a la obligación de incluir la vacante en la oferta de empleo público (en el mismo ejercicio de su nombramiento o en el siguiente), salvo que se decida su amortización. Es decir, si la razón objetiva específica del nombramiento de estos funcionarios es la existencia de vacante, su cese por causa específica consistirá en la toma de posesión del funcionario de carrera (desaparición de la vacante) o, en otro caso, en la amortización de la plaza (en virtud de la potestad de dirección o, si se quiere, de autoorganización de la Administración pública). Esto conduce a entender que la norma otorga el plazo de dos ejercicios para que la Administración pública decida entre poner en marcha el proceso para la selección del correspondiente funcionario de carrera o amortizar la plaza (siempre motivadamente). Teniendo en cuenta la duración de los procesos de selección, este particular límite temporal es impreciso, esto es, no tiene un día cierto señalado, pero es un límite temporal que debe operar como medida para evitar el abuso y que, eso sí, puede verse puntualmente alterado en virtud de otras disposiciones legales que, por ejemplo, contemplen límites a las ofertas de empleo público, pudiéndose justificar, por razón objetiva especial, una duración más amplia de la relación temporal del funcionario interino por vacante. En todo caso, estas son circunstancias excepcionales cuyas consecuencias, en orden a estas relaciones de interinidad, se han de juzgar en virtud de la coyuntura que concurra.

Por tanto, desde la perspectiva normativa, la cláusula 5 del Acuerdo marco se puede entender incorporada en cuanto a las medidas preventivas, a través de los límites temporales en los nombramientos de funcionarios interinos por programa determinado y eventual por acumulación de tareas, así como, respecto de los funcionarios por vacante, mediante la obligación de la inclusión de la plaza vacante en la oferta de empleo público, también en un plazo concreto (la del mismo ejercicio o la del año siguiente a más tardar). Se trata, por tanto, de unas medidas que podrían incardinarse en el apdo. b del punto 1 de la ya citada cláusula. También puede admitirse que, en cuanto a las razones objetivas que justifiquen la renovación de los nombramientos temporales –apdo. b, del punto 1–, la justificación de las razones de necesidad y urgencia, requisito común a toda modalidad de funcionario interino, puede considerarse como una medida legal, efectiva y equivalente, para prevenir los abusos, unida a las concretas circunstancias de la existencia de un programa determinado o de exceso o acumulación de tareas (únicamente, obvio es apuntarlo, para estas modalidades de funcionario interino).

Aun con insuficiencias, puede considerarse, por tanto, que nos encontramos en nuestro Derecho de la función pública con una serie de medidas preventivas que implican la incorporación del punto 1 de la cláusula 5 del Acuerdo marco. El principal problema es otro, es decir, el obligado establecimiento normativo de consecuencias jurídicas en los supuestos de utilización abusiva de la temporalidad y, en caso de ausencia, la obligada aplicación por parte de nuestros juzgados y tribunales de la Directiva 1999/70/CE, lo que también conecta con la posible transformación de la temporalidad en una relación indefinida, tal y como indica el punto 2 de la cláusula 5 del Acuerdo marco[94].

3. La necesaria aplicación de consecuencias jurídicas

De acuerdo con lo expuesto, en puridad no nos encontramos en nuestro Derecho de la función pública con normas que establezcan una autorización general y abstracta para el nombramiento de personal temporal, lo que infringiría el Acuerdo marco, conforme a la interpretación dada por la jurisprudencia europea. Lo que encontramos es, pues, una práctica abusiva de estas modalidades por parte de las Administraciones públicas y, desde el punto de vista normativo, un flagrante incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, al carecer nuestro Derecho de la función pública de sanción alguna en estos casos.

En efecto, una vez verificada la existencia de medidas para prevenir el abuso de la temporalidad en la concreta regulación interna, el juez nacional ha de comprobar, en el concreto supuesto que se plantee, que no se ha producido una utilización abusiva del nombramiento de interino. Pero, ¿cuándo existe abuso en la utilización de la interinidad? La jurisprudencia europea ha afirmado, ya en varias ocasiones, que habrá uso abusivo cuando la interinidad se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y estables[95], es decir, cuando, en realidad, no concurra razón objetiva para el uso de la temporalidad y, por ello, estemos ante un abuso de la misma. Nos encontramos ante una cuestión probatoria, es decir, de lo que se trata es de probar que se ha producido un fraude de ley en el nombramiento de interino, utilizando formalmente las razones objetivas para justificar los diversos nombramientos cuando, de hecho, estos obedecían a una

94 Véanse las reflexiones que, sobre la aplicación de la doctrina del TJUE, al ámbito estatutario sanitario realiza PALOMAR OLMEDA, A.: «La relación de duración determinada en el ámbito del empleo público», en *La Jurisprudencia social europea: «De Diego Porras» y otras cuestiones de actualidad*, Instituto Vasco de Administración Pública (Alonso García y Ugartemendia Eceizabarrena, dirs.), 2018, pp. 117 y ss.

95 ATJUE de 21 de septiembre de 2016, Popescu, C-614/15, en el que se cita la consolidada jurisprudencia europea en este sentido.

necesidad permanente y estable de la actividad ordinaria de la Administración pública correspondiente. Este abuso o actividad fraudulenta por parte de la Administración usualmente concurre en las dos modalidades de funcionarios interinos por programa determinado o por acumulación de tareas Aunque, también es cierto que la naturaleza temporal de estos nombramientos, incluso de sus renovaciones o prórrogas, pueden ser acordes con las razones objetivas y con la naturaleza de las causas que los justifican, como en los supuestos de programas determinados financiados por otras Administraciones públicas[96].

Normalmente, cuando existe utilización abusiva, nos encontramos con una vulneración de los límites de duración de estos nombramientos de interinos y, por ello, con una relación de temporalidad de larga duración que se fundamenta, solo fraudulentamente, en necesidades coyunturales, pero que en realidad encubre el ejercicio de tareas ordinarias sin causa o razón objetiva que justifique la sucesión de nombramientos. Aunque también nos podemos encontrar con otras fórmulas fraudulentas que, aparentemente, cumplen con los límites temporales de duración de estas figuras. Así, en cuanto a la utilización de la figura del funcionario interino por acumulación de tareas, en ocasiones las administraciones públicas utilizan esta excepcional figura con cumplimiento aparente o formal de los límites temporales (seis meses dentro de un periodo de doce), recurriendo, para ello, al nombramiento sucesivo, y para las mismas funciones, de distintas personas como funcionarios interinos eventuales[97]. Es evidente que, también actuando de esta forma, nos hallamos ante una utilización abusiva de esta relación de interinidad.

En definitiva, las relaciones de interinidad por programa determinado o por acumulación de tareas no autoriza a la Administración, sin más, al nombramiento de estos funcionarios, simplemente con el respeto de los límites temporales, sino que han de concurrir las causas o razones objetivas que fundamentan su nombramiento, esto es, o bien la existencia real de un programa con finalización definida y, normalmente, con financiación externa, o bien reales situaciones excepcionales de necesidad de personal derivadas del volumen de trabajo que, coyuntural y objetivamente, puede concurrir en un periodo de tiempo determinado.

Por ello, son muchas las ocasiones en las que nuestras Administraciones públicas incumplen, por abuso de estas figuras, no solo nuestro propio Derecho

96 Así, el supuesto resuelto por las STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de enero de 2018, rec. apelación núm. 827/2017.

97 STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 479/2014 de 16 julio.

administrativo, sino también el Derecho de la Unión Europea, el Acuerdo marco. Y aquí viene el *quid* de la cuestión que se plantea. Nuestro Derecho administrativo no contempla medida alguna, no establece consecuencia jurídica (o «sanción») ante el incumplimiento por parte de las Administraciones públicas del Acuerdo marco, por lo que la cuestión se traslada a nuestros jueces y se convierte en un arduo problema de interpretación.

4. Posibles «sanciones» en el ámbito de la función pública

Habida cuenta que, para supuestos análogos pertenecientes al ámbito laboral, se han previsto consecuencias, la primera cuestión cuyo debate se planteó fue la posibilidad de trasladar o no al ámbito de la función pública la consecuencia jurídica establecida en el ámbito laboral, esto es, la transformación de la relación temporal en una relación indefinida (no fija, o no de plantilla, en el ámbito de las Administraciones públicas) y, además, estimar o no las pretensiones indemnizatorias en el caso de cese[98]. Pero, como se expondrá, no es la única posibilidad que se debe plantear, teniendo en consideración, a mayor abundamiento, la dificultad para aceptar en el ámbito de la función pública esta medida de transformación de la propia naturaleza de la relación jurídica.

A. La transformación de la relación temporal en una relación indefinida

La ausencia, en nuestro Derecho administrativo, de sanción o consecuencia alguna ante el abuso de las relaciones temporales por parte de las Administraciones públicas y, por tanto, la constatación de un claro y largo incumplimiento del Derecho de la Unión Europea es indiscutible y, así, admitido jurisprudencialmente. De ahí que no han sido pocas las cuestiones prejudiciales que nuestros tribunales han planteado, y siguen planteando, al TJUE, de cara a las dudas que acarrea la aplicación de esta cláusula 5 del Acuerdo marco al personal temporal del sector público, en general, y a los funcionarios interinos, en particular. Una de esas esenciales cuestiones planteadas es la transformación de la relación del funcionario interino en una relación indefinida, y uno de los ámbitos en los que se han producido estos conflictos, dando lugar a resoluciones judiciales, tanto de nuestros tribunales como del TJUE, es el ámbito local.

98 Estas medidas son apuntadas, incluso, como los dos únicos remedios a los que puede acudir el juez nacional ante la falta de adecuada trasposición de la Directiva sobre el Acuerdo marco, véase ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo público», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* 127 (2017), p. 247.

Expondré brevemente, a partir de aquí, la posición de la jurisprudencia europea, y la respuesta por parte de nuestros juzgados y tribunales.

Haré aquí referencia únicamente a la importante STJUE de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, que, además, sirve de compendio de la doctrina jurisprudencial habida hasta ese momento. De estos dos asuntos, el relativo a Castrejana López (C-197/15) plantea un supuesto en el que el empleado municipal, en principio laboral, fue posteriormente nombrado funcionario interino para la ejecución de un convenio que tenía por objeto un programa de ordenación urbana. El señor Castrejana pasó, por tanto, de una relación laboral a través de un contrato temporal por obra o servicio determinado, a una relación de Derecho administrativo a través del nombramiento de funcionario interino por programa determinado[99]. La Administración –el Ayuntamiento de Vitoria– puso fin a la relación funcionarial de interinidad en diciembre de 2012, ya que el programa había sido totalmente ejecutado.

De las cuestiones prejudiciales planteadas, interesa ahora solamente dilucidar si se opone a la cláusula 5 del Acuerdo marco la situación de nuestro Derecho de la función pública, en el sentido de que, a diferencia del ordenamiento jurídico-laboral, no establece el mantenimiento del vínculo como indefinido (no fijo) como consecuencia de la utilización abusiva de la temporalidad; ¿pueden nuestros jueces interpretar, en virtud del principio de equivalencia, que la temporalidad laboral y la temporalidad funcionarial son situaciones similares cuando se produce una utilización abusiva y, por tanto, ofrecer una idéntica solución o, por el contrario, se debe entender que son situaciones no comparables en virtud de la distinta naturaleza jurídica del vínculo?

En primer lugar, el TJUE vuelve a manifestar un elemento de partida esencial; el Acuerdo marco establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas para evitar la utilización abusiva de las relaciones laborales temporales, pero no concreta sanción para el caso de que se acredite, por el juez nacional, la existencia de abusos. En todo caso, corresponde a las autoridades nacionales –indica el TJUE en la sentencia aquí tratada– «adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marzo»; además, estas medidas normativas que deben adoptarse, no han de ser «menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en

99 Primer nombramiento de funcionario interino por programa determinado que se produjo en 1998 (esta figura fue introducida en el País Vasco mediante la Ley 16/1997, de 7 de noviembre).

la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)» Por tanto, «cuando se ha producido una utilización abusiva, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión».

Las medidas que se adopten han de cumplir, por tanto, los principios de equivalencia y efectividad, han de ser proporcionadas y disuasorias, y han de suponer una garantía de protección del trabajador, debiendo sancionar debidamente el abuso para, en conclusión, eliminar la infracción de la normativa europea.

En segundo término, también nos ha reiterado el TJUE que el Acuerdo marco no impone, a los Estados miembros, una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada y, además, la utilización abusiva de la temporalidad puede conllevar consecuencias distintas en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado (apdos. 39, 40 y 48 de la comentada STJUE, Martínez Andrés y Castrejana López).

Ahora bien, ¿se puede prohibir de forma absoluta la transformación de una relación laboral temporal (o una relación de servicio temporal) en una relación por tiempo indefinido cuando se acredita la utilización abusiva? La respuesta que ofrece el TJUE es afirmativa, pero con condiciones, esto es, con la condición de que exista alguna otra medida efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de la temporalidad. Lo que ocurre, como ya se ha expuesto, es que en nuestro Derecho administrativo no existe otra medida, ni efectiva ni no efectiva, simplemente no existe. Por ello, y a falta de medida normativa, los jueces españoles, en aplicación del Acuerdo marco, han de adoptar las correspondientes medidas (una o varias). Las cuestiones que se plantean, por tanto, son: ¿el juez español ha de trasladar forzosamente la solución del Derecho laboral al Derecho administrativo?, ¿no existe otra interpretación, de nuestro Derecho de la función pública, acorde con el Acuerdo marco que permita extraer una medida sancionadora efectiva para estos supuestos de abuso de la temporalidad?

Es clara la jurisprudencia europea, la contestación a estas cuestione le corresponde al juez nacional. No obstante, en su función de orientación a los órganos jurisdiccionales nacionales, el TJUE ha afirmado que:

> En la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, po-

dría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco (apdo. 53 de la STJUE, Martínez Andrés y Castrejana López).

No debe confundirnos, no obstante, esta apreciación. El hecho de que el TJUE considere, a esos efectos enunciados, que la sanción de transformación en indefinido no fijo del funcionario interino en los supuestos de utilización abusiva acreditada, puede ser una medida apta, ni se impone a los jueces nacionales ni puede impedir que estos realicen la adecuada interpretación e integración del Acuerdo marco en nuestro Derecho de la función pública, con respeto a los principios constitucionales que lo presiden, sin forzar ni extrapolar, sin más, soluciones de otros ámbitos jurídicos.

En este conflicto, la respuesta de nuestros tribunales no ha sido absolutamente uniforme, aunque sí existe una línea claramente mayoritaria. Creo que es oportuno comenzar por el efecto concreto que tuvo la STJUE de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, en los conflictos que se seguían en el TSJ del País Vasco. Para este tribunal, la respuesta que, a su cuestión prejudicial, ofreció el TJUE fue tan concreta que «la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza»[100]. Por tanto, en aplicación de la jurisprudencia europea, el TJS del País Vasco anuló el cese y, además, condenó a la Administración a considerar, a todos los efectos, la relación de servicios como indefinida no fija[101]. Y esta es la línea que sigue el TSJ del País Vasco y que sigue plasmando en la resolución de litigios similares[102]. No es el único ámbito territorial en el que nos encontramos con parecido pronunciamiento judicial, así la STSJ de Castilla y León (sede Valladolid) núm. 1445/2017, de 22 de diciembre, resuelve un litigio en el ámbito sanitario reconociendo el derecho de los recurrentes, a la sazón personal estatutario

100 SSTSJ del País Vasco (Sala de los Contencioso-administrativo) núm. 608/2016, de 12 de diciembre, y núm. 618/2016, de 12 de diciembre.

101 Sentencias recurridas en casación, admitidos mediante ATS de 13 de junio de 2017 y ATS de 30 de mayo de 2017 (desde hace más de un año el TS ya ha dictaminado varios autos en el mismo sentido), y resueltos mediante SSTS núm. 1426/2018 y 1425/2018, ambas de 26 de septiembre.

102 Por ejemplo, STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 286/2018, de 13 de junio.

temporal cesados, a ser considerados personal indefinido no fijo, aunque exclusivamente a los efectos de reconocerles la indemnización que proceda.

Sin embargo, la opinión mayoritaria de nuestros tribunales es la contraria. Son considerables las resoluciones judiciales en las que no se considera legalmente viable esta medida sancionadora como consecuencia de la utilización abusiva de la temporalidad en la función pública[103]. Y, precisamente, en este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018, en las que se resuelven los recursos casación interpuestos contra las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco citadas anteriormente[104], afirmando que «la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella [...]».

Este certero acuerdo mayoritario nos conduce a negar la transformación de la relación del funcionario interino en una relación indefinida, que en el ámbito de la función pública es la propia del funcionario de carrera, y también nos conduce a prohibir un trasvase, sin más, de las sanciones previstas en el ordenamiento laboral[105]. Ahora bien, si descartamos la validez de esta opción, solo nos queda acudir al propio Derecho de la función pública para identificar posibles consecuencias jurídicas ante la utilización abusiva por la Administración de los nombramientos temporales, y ello con una adecuada interpretación de nuestro vigente ordenamiento, acorde con la finalidad y obligaciones del Acuerdo marco. Veamos cuáles han sido, por ahora, las conclusiones de nuestros tribunales.

B. **Las debidas consecuencias según el Tribunal Supremo. Una primera valoración**

Aunque quedan todavía recursos de casación pendientes en esta materia, nuestro Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en el conflicto que dio lugar a la ya

103 Así, las SSTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 19 febrero 2015, y núm. 426/2017, de 13 de marzo. También la SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 232/2017, de 6 de abril (recurso núm. 7/2007. Y en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia, entre otras, STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 170/2017, de 28 de septiembre, o STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 459/2017, de 27 de noviembre.

104 Me refiero a las ya citadas SSTS núm. 1426/2018 y núm. 1425/2018, ambas de 26 de septiembre.

105 Tal y como sostiene con acierto CANTERO MARTÍNEZ, J.: «El funcionario interino en la jurisprudencia...», *cit.*, p. 21.

comentada STJUE de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, hago referencia a la también ya citada STS 1426/2018, de 26 septiembre, sobre cese de personal funcionario interino de una entidad local[106], casando la solución adoptada por la STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016. En esta sentencia, el Tribunal Supremo tras constatar el abuso en la utilización de la relación de empleo de duración determinada, por tanto, sin existencia alguna de razones objetivas y con incumplimiento de las medidas legales equivalentes, establece las siguientes consecuencias jurídicas:

1ª. La continuación de la relación de empleo como funcionario interino, en los mismos términos que existía antes del cese, invalidando, por tanto, el mismo ante el abuso identificado. Y ello, «hasta que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1» del TREBEP.

2ª. La obligada valoración de si procede o no el incremento de la plantilla municipal. Dado que se ha identificado un uso abusivo (y fraudulento, en este caso) de la relación temporal, por cuanto que se realizaban funciones permanentes y estables, y no temporales y provisionales, el Tribunal Supremo entiende que la entidad local debe valorar si incrementar o no sus puestos estructurales, y ello de manera motivada y ateniéndose a las consecuencias de su decisión.

3ª. Como medida adicional, pero nunca como única medida a establecer, el Tribunal Supremo admite la posibilidad del reconocimiento de un derecho indemnizatorio. Estos posibles perjuicios, exigidos a través del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, deben conectarse, necesariamente, con el abuso de la temporalidad, única causa válida para el reconocimiento del derecho, de lo que el Tribunal deduce que esta medida nunca será, por sí misma, lo «bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del *quantum* reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización».

Fácilmente se desprende de lo expuesto que la única medida que se ha considerado proporcionada, efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco es la nulidad del cese y, por tanto, la subsistencia de la relación de interinidad, tal y como existía. Ni se obliga a la Administración a incrementar su plantilla, derivado de la identificación estructural de las funciones realizadas, ni se cree en la indemnización por el cese, aunque se admite la posibilidad teórica, y ello por los conceptos indemnizatorios que podrían alegarse.

106 La otra Sentencia 1425/2018, de 26 septiembre, hace referencia al otro asunto referido al personal estatutario eventual del Servicio de Vasco de Salud.

La primera valoración de esta Sentencia ha de ser absolutamente positiva, entre otras cuestiones porque se ha de prescindir en estos asuntos de falsos reparos procesales, como el relativo a la firmeza de los actos administrativos que sirven de fundamento para acreditar el abuso y que, sin ser objeto concreto del litigio, se pretenden utilizar para impedir la tutela efectiva ante el abuso de la temporalidad en el empleo público[107]. Ahora bien, en cuanto al esquema de las consecuencias jurídicas que ha establecido el Tribunal Supremo, aunque es notable, creo que se ha quedado en lo mínimo e indispensable. La solución pasa, sin duda, por la reforma normativa y, por tanto, por la adecuación de nuestro Derecho de la función pública al Acuerdo marco, aunque, considero que se puede dar algún paso más. Me detendré brevemente en esta cuestión, refiriéndome a las tres consecuencias jurídicas antes señaladas.

1º. En cuanto a la continuación, en sus mismos términos, de la relación de interinidad, puede ser una solución válida para el funcionario interino por vacante. Sin embargo, no considero lo mismo para los funcionarios interinos por programa determinado o por acumulación de tareas. Es decir, cuando nos encontramos con esta tipología de funcionarios interino y cuando en el pleito queda acreditado que los nombramientos temporales se realizaron sin razones objetivas válidas, ya que, en realidad, cubrían formalmente de manera temporal lo que, materialmente, eran necesidades permanentes y estables, la consecuencias jurídica efectiva, además de continuar la relación de interinidad, debería consistir en obligar a la Administración a transformar la situación en la de funcionario interino por vacante[108].

107 Un primer problema que concurre en la sucesión de nombramientos es la firmeza de los actos previos no recurridos. En efecto, el objeto del recurso es el último nombramiento realizado o, en su caso, el cese respecto del último nombramiento. En cualquier caso, nos encontraremos con actos previos firmes (nombramientos anteriores no impugnados) que no son objeto del litigio pero que, sin embargo, constituyen la base de análisis para verificar si ha existido una utilización abusiva de la relación de temporalidad, tal y como razona la sentencia antes referida. La firmeza de los nombramientos previos no debe, por tanto, impedir la apreciación de la actitud fraudulenta de la Administración pública y, por ende, la vulneración del Acuerdo marco con las consecuencias que debe llevar aparejadas. No debe olvidarse que el propio TJUE ya nos ha indicado que se han de tratar de evitar los obstáculos procesales que dificulten la efectividad de la sanción adecuada por el abuso de la temporalidad, en virtud de una adecuada interpretación del Acuerdo marco en relación con el principio de efectividad (Segundo pronunciamiento o fallo de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López. También, en este sentido, el fundamento jurídico quinto de la STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, núm. 320/2017, de 14 de junio.

108 Aunque referida al ámbito estatutario, se pronuncia en este sentido la STSJ de La Rioja (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 379/2017 de 20 diciembre Seguida por la STSJ de la Rioja (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 98/2018, de 22 de marzo.

Ya ha expresado el TJUE que la sanción por el abuso de la temporalidad, prevista en el ámbito laboral, consistente en la transformación de la relación temporal en una relación indefinida, no fija, es una consecuencia válida, ajustada a la finalidad y condicionantes del Acuerdo marco. La consecuencia de esta transformación consiste, principalmente, en que el trabajador permanece en su puesto de trabajo, con la condición de indefinido, hasta que la Administración, a través del procedimiento legal correspondiente, seleccione la persona que debe ocupar dicho puesto, o bien hasta que la Administración amortice la plaza. Pues bien, el personal interino por vacante, se coloca en la misma posición o, si se quiere, en la posición más asimilable posible dentro del régimen de la función pública y conforme a los principios constitucionales, es decir, continúa en su puesto hasta que tome posesión el funcionario de carrera o, en su caso, se proceda a la amortización de la plaza[109].

2º. Derivada de la primera consecuencia enunciada, resulta evidente que no basta con obligar a la Administración a valorar si procede o no el incremento de la plantilla, sino que la creación de plaza estructural se convierte en obligación.

La STJUE de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, abordó esta problemática y, aunque deja clara la competencia del juez nacional para resolver esta cuestión, en virtud de su función orientadora concluye afirmando, por un lado, que la sucesión de nombramientos temporales por acumulación de tareas puede estar justificada en razones objetivas, pero que no puede utilizarse para cubrir, en realidad, necesidades permanentes y estables y que, por otro lado, se ha de entender que existe obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento de personal temporal cuando existe un déficit estructural de puestos fijos. También tenemos supuestos de ámbito interno, siendo la solución apuntada por varias resoluciones judiciales de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. Este es el caso de la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 459/2017, de 27 de noviembre, en la que se afirma que si nos encontramos ante un abuso de la temporalidad, concretamente, ante un nombramiento eventual (sin cubrir plaza vacante) en el que se acredita que se están aten-

109 Con otra finalidad, ya la *Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* se expresó en estos términos cuando, al referirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en orden a la transformación de la relación temporal en indefinida, afirma que «viene estableciendo que la situación del empleado en que concurren tales circunstancias irregulares es la de un contratado por tiempo indefinido, pero no fijo de plantilla, de forma que pierde su puesto de trabajo cuando el puesto que ocupa se cubre por el sistema ordinario de selección o cuando es amortizado, al igual que un funcionario interino nombrado para cubrir una vacante» (p. 62).

diendo, en realidad, necesidades estructurales, «en tal caso procedería conminar a la Administración a la creación de la plaza estructural»[110], con la modificación correspondiente de la plantilla y de la relación de puestos de trabajo.

Lamentablemente no ha sido esta la interpretación realizada por el Tribunal Supremo. Evidentemente, se podría argumentar en favor de las tesis del Tribunal Supremo que la decisión sobre la estructura de sus recursos humanos corresponde exclusivamente y en definitiva a la propia Administración pública, en virtud de su potestad de autoorganización. No obstante, en el razonamiento que nos ofrecen estas sentencias existe una pequeña contradicción, por cuanto que si, en realidad, se han cubierto necesidades de carácter permanente y estable, y así se ha acreditado, la valoración ya está realizada por la propia Administración y, por tanto, se le debería obligar a la ampliación de la correspondiente plantilla. Parece evidente que el Tribunal Supremo no ha considerado prudente obligar al incremento de puestos de trabajo en las Administraciones públicas por esta vía, pero también creo que la constante vulneración del Derecho por parte de nuestras Administraciones merece articular medidas más atrevidas, a la vez que protectoras de los derechos de los trabajadores.

3º. Por último, en cuanto al reconocimiento de un derecho indemnizatorio, ya se sabe que no existe medida normativa en este sentido; nuestro Derecho de la función pública no establece ante el abuso de la temporalidad medida indemnizatoria alguna. Por tanto, la cuestión reside en si existe alguna posibilidad interpretativa para deducir el derecho a indemnización como medida sancionadora ante al abuso de la temporalidad en nuestra función pública. Estimo acertado, en este punto, el criterio que mantiene el Tribunal Supremo respecto de la existencia del posible derecho indemnizatorio con carácter adicional a las otras medidas, esencialmente a la primera, y también estimo correcto su parecer respecto de la desconfianza de la cantidad indemnizatoria que, en su caso, puede alcanzarse en virtud de nuestro actual sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, enfoque que es el que asume el Tribunal Supremo.

La valoración negativa debo realizarla, en realidad, respecto de las interpretaciones que de la jurisprudencia del TJUE se han realizado, pretendiendo trasladar expectativas a los funcionarios interinos que nunca existieron y que, por último, fueron corregidas. En efecto, estas dudas[111] y expectativa fueron las que

110 El Tribunal cita aquí a varias sentencias del TSJ de Extremadura, entre ellas, la STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 170/2017, de 28 de septiembre.

111 En realidad, «las dudas sobre el reconocimiento de este posible nuevo derecho a la indemnización cuando se produce el cese se han planteado fundamentalmente a raíz de dos Sen-

se dedujeron del criterio mantenido en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, de Diego Porras, asunto C-596/14, pero que, sin embargo, ha sido rectificado (más bien eliminado) por la STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Montero Mateos, asunto C-677/16[112], en la que se determina que no incumple el Acuerdo marco no establecer indemnización por cese en los contratos de interinidad. Por tanto, se ha de entender que, al contrario del criterio anterior, ahora la relación de interinidad puede constituir una razón objetiva que permite justificar la negativa a que el interino tenga derecho a indemnización por cese. No obstante, de esta última resolución judicial, hay un aspecto importante que debe subrayarse, es decir, la cuestión de la indemnización se deja abierta si en la relación de interinidad ha existido abuso o fraude de ley y, por ello, se debe proceder a la transformación de la relación en indefinida. No se trata de aplicar al ámbito de la función pública la jurisprudencia europea en cuanto a la adecuación de nuestro Derecho al principio de no discriminación (cláusula 4 del Acuerdo marco), sino que se trata de la obligada aplicación de alguna medida sancionadora efectiva ante el abuso de la temporalidad (cláusula 5). Desde esta perspectiva, la asimilación del régimen administrativo al régimen laboral a los exclusivos efectos de identificar un derecho indemnizatorio, puede ser una opción válida y adicional a otras medidas, y tiene ya algún referente jurisprudencial[113].

Veamos un ejemplo para exponer esta idea. Mediante la STSJ de Aragón (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 2ª) núm. 346/2018, de 30 de octubre[114], se resolvió un litigio planteado sobre cese de funcionario interino temporal del Ayuntamiento de Zaragoza, que revocó con fecha 23 de marzo de 2017 un nombramiento de fecha 5 de diciembre de 2003, que se realizó en virtud de la disposición adicional prima del Real Decreto 896/1991[115], es decir, se trata,

tencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», así lo expresa CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Principales cambios producidos en la figura del funcionario interino en virtud de la reciente jurisprudencia comunitaria y perspectivas de futuro», ponencia presentada en el Seminario de actualización de función pública local, Barcelona, Federación de Municipios de Cataluña (4 de noviembre de 2016), p. 19. Disponible en: http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Cantero_Martinez_Josefa_SAFPL_2016.pdf.

112 Mismo criterio también, para el contrato de relevo, en la STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Moreira Gómez, asunto C-574/16.

113 STSJ de Castilla y León (sede Valladolid) núm. 1445/2017, de 22 de diciembre.

114 Siguiendo a la STSJ de Aragón (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 289/2018, de 19 de septiembre.

115 Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

por tanto, de un funcionario interino por vacante que cesa cuando la plaza es cubierta por funcionario de carrera o cuando la entidad local considere que han cesado las razones de urgencia que motivaron su cobertura interino. En este caso, el cese se produce, precisamente, por la provisión del puesto por funcionario de carrera, por lo que este cese está fundamentado en causa justificativa y válida, y así lo entiende el Tribunal, además, le deniega el derecho a indemnización por cuanto que no existe infracción del principio de no discriminación de la cláusula 4 del Acuerdo marco, haciendo referencia al cambio de criterio que, respecto de los interinos, se produjo en el TJUE.

En este supuesto, nos encontramos con un funcionario interino por vacante que ha prestado servicios durante más de trece años. Situación casi normal en el ámbito público y que ni está, ni estaba, permitida por el ordenamiento jurídico. La propia disposición adicional del reglamento en el que se basó el nombramiento establecía la obligación de que las plazas cubiertas por interino se incluyesen «necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo o en la primera oferta de empleo público que se apruebe». El incumplimiento de esta medida, a los efectos del Acuerdo marco, es nítido y, por tanto, puede identificarse un abuso de la temporalidad. Sin embargo, no se puede ordenar la primera medida que señala el Tribunal Supremo, esto es, la continuación de la relación de interinidad, ya que el cese se basa en una causa válida y el puesto, ahora, lo ocupa un funcionario de carrera. Así las cosas, solo quedaría el reconocimiento de un derecho indemnizatorio, pero no en virtud del principio de no discriminación (cláusula 4 del Acuerdo marco), como erróneamente se plantea en esta sentencia, sino en virtud del abuso de la temporalidad (cláusula 5 del citado Acuerdo). Si no se llega a esta conclusión, en estos supuestos no existiría consecuencia jurídica alguna derivada del abuso y del incumplimiento normativo por parte de las Administraciones públicas, como sucede en la sentencia comentada.

No quiero esconder argumentos en contra de lo que aquí defiendo, argumentos que no han sido utilizados por el TSJ de Aragón. Me refiero a la posibilidad de no identificar abuso de la temporalidad en estos casos, posibilidad que no comparto, pero que puede apoyarse en el dato de que no nos encontramos ante sucesivos nombramientos, renovados de manera abusiva, sino exclusivamente ante un primer y único nombramiento sobre el que no se proyecta la cláusula 4 del Acuerdo marco, que solo entra en juego para la prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada[116]. En cualquier caso, y como sucede con

116 Con apoyo, entre otras, en las SSTJUE de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04), y de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros (asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07).

otras cuestiones aquí tratadas, esta posible solución interpretativa y, en general, la respuesta a la cuestión sobre si el personal, en régimen administrativo, afectado por una utilización abusiva de la temporalidad tiene o no derecho a indemnización, puede sufrir algunos cambios jurisprudenciales ya que todavía está pendiente la resolución de algunos litigios en este ámbito por el Tribunal Supremo[117] y, también, por el TJUE[118].

C. **Otra medida disuasoria: la todavía esperada atribución de responsabilidad a autoridades y funcionarios**

Todas las consecuencias jurídicas vistas hasta ahora se fundamentan en la protección del empleado, son medidas eficaces desde la perspectiva de los principios de la política social de la Unión Europea y, por ende, del Acuerdo marco, pero quedan cuestiones pendientes. Me explico. Las sanciones de obligada imposición ante el abuso de la temporalidad no solamente han de buscar esta función tuitiva, sino también alcanzar una finalidad claramente disuasoria. Desde esta perspectiva, han de arbitrarse medidas de exigencia de responsabilidad a las autoridades y funcionarios que han efectuado esa utilización abusiva, es decir, que han realizado una conducta claramente infractora del Derecho de la Unión Europea.

No deja de ser llamativo que esta responsabilidad se haya establecido, aun con imperfecciones, en el ámbito de los contratos de trabajo realizados en el sector público y, sin embargo, sigamos esperando algo similar en el Derecho de la función pública, y ello a pesar de que fuera advertido y propuesto por el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público[119].

En efecto, en la disposición introducida en Ley de Presupuestos Generales del Estado (tanto para el 2017, como para el 2018)[120], se establece la responsabilidad de los órganos competentes en materia de personal respecto de cualquier

117 Por ejemplo, recurso de casación admitido mediante ATS (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1ª) de 17 de diciembre de 2018.

118 Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid, el 7 de marzo de 2018, Baldonedo Martín, asunto C-177/18.

119 Tal y como nos sigue recordando SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Tecnos, 2016, p. 84.

120 Disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (que reproduce lo ya introducido en la Disposición adicional trigésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017), dictada al amparo del art. 149.1.18ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones.

tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la transformación de un contrato temporal en indefinido no fijo en virtud de resolución judicial. Además, se otorga el mandato a todas y cada una de las Administraciones públicas de establecer criterios de actuación para evitar estas consecuencias y asegurar su adecuado cumplimiento. Se trata, por tanto, en primer lugar, de una prohibición para convertir, sin resolución judicial, temporales laborales en indefinidos no fijos y, en segundo lugar, para exigir responsabilidad a las autoridades y personal que hayan posibilitado tal transformación ordenada judicialmente.

La ausencia de una norma similar en el ámbito de la función pública obedece, sin duda, a que no se teme dicha consecuencia, es decir, desde la propia Administración estatal parece que sigue existiendo el convencimiento de que las sanciones ante el abuso de la temporalidad es algo propio del régimen laboral, como si todavía existiese alguna duda sobre la aplicación del Acuerdo marco a las relaciones temporales en la función pública, o como si no existiese la diversa jurisprudencia, española y europea, que se está produciendo en los últimos años. Además, la dificultad de conseguir declaraciones judiciales estimatorias de responsabilidad de la Administración pública, en estos casos de abuso de la temporalidad, hace que tampoco sea solución la acción de regreso, ya de por sí escasamente útil.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANTERO MARTÍNEZ, J.: «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* (*Azterlanak*), 12 (2017).

- «Principales cambios producidos en la figura del funcionario interino en virtud de la reciente jurisprudencia comunitaria y perspectivas de futuro», ponencia presentada en el Seminario de actualización de función pública local, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 4 de noviembre de 2016.
- «Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal», *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 28 (febrero de 2012).

CASTILLO BLANCO, F.A.: «El estado del empleo público local», ponencia presentada en el Seminario sobre relaciones colectivas organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 17 de noviembre de 2016.

- «El empleo público local: situación actual y perspectivas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 13 extra (2011).

CUENCA CERVERA, J.J.: «La temporalidad en el empleo público local: estrategias para su reducción tras el acuerdo para la mejora del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 12 (2017).

- *El empleo público local en la España democrática. Una perspectiva institucional*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, serie Claves 16, 2015.

EMBID IRUJO, A.: «Informe general sobre el Gobierno Local», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, *2015, 2016 y 2017*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico / Fundación Ramón Sáinz de Varanda, 2016, 2017 y 2018.

- «Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137 (2008).
- «Trece proposiciones sobre selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo en el Derecho Español», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 13 (1993).

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «Acceso al empleo público: igualdad e integridad», *Revista General de Derecho Administrativo*, 46 (2017).

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: ¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas, en *El empleo público local ante la crisis*, Bilbao, Fundación Democracia y Gobierno Local, serie Debates Locales, 2, 2011.

NAVARRO NIETO, F: «Los planes de estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Temas Laborales*, 103 (2010).

ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo público», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* 127 (2017).

PALOMAR OLMEDA, A.: «La relación de duración determinada en el ámbito del empleo público», en *La Jurisprudencia social europea: «De Diego Porras» y otras cuestiones de actualidad*, Instituto Vasco de Administración Pública (Alonso García y Ugartemendia Eceizabarrena, dirs.), 2018.

- «La reformulación del status de los empleados públicos a la luz del Derecho comunitario: el reconocimiento del derecho a sexenios de los interinos», *Revista española de derecho europeo*, 57 (2016).
- *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos,* Madrid, Dykinson, 2016.
- «Las políticas de restricción del gasto público como elemento de ordenación de la gestión pública de recursos humanos y las formas de su articulación», en *Crisis Económica y Función Pública* (J.A. Fuentetaja Pastor y J. Cantero Martínez, dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2012.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Tecnos, 2016.

- «Informe jurídico sobre el deber de las administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección», *Revista de Administración Pública*, 187 (2012).
- «Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas», en *Crisis Económica y Función Pública* (J.A. Fuentetaja Pastor y J. Cantero Martínez, dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2012.
- «El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* 13 extra (2011).

• «Clases de personal», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (2ª ed.), Valladolid, Lex Nova, 2008.

SETUAÍN MENDÍA, B.: «Empleo y organización local», en *Anuario Aragonés de Derecho Local 2016 y 2017,* Zaragoza, Institución Fernando el Católico / Fundación Ramón Sáinz de Varanda, 2017 y 2018.

Los Ayuntamientos y la nueva realidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana[1]

Carmen Uriol Egido

RESUMEN

Este trabajo analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU en relación con el principio de capacidad económica y la carga de la prueba (STC 59/2017). También es objeto de estudio la doctrina del Tribunal Supremo en los diferentes recursos de casación sobre esta materia y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Se analiza igualmente el derecho de los contribuyentes a solicitar la devolución del Impuesto y las consecuencias de la obligación de los Ayuntamientos de devolver el impuesto pagado.

Palabras clave: Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Principio de capacidad económica. Declaración de inconstitucionalidad. Efectos temporales de las Sentencias del Tribunal Constitucional. Carga de la prueba.

ABSTRAC

This paper analyzes the jurisprudence of the Constitutional Court on the declaration of unconstitutionality of the IIVTNU (Tax municipal added value) in relation to the hability to pay principle and the burden of proof (Constitucional Court Ruling 59/2017). It is also under study the doctrine of the Supreme Court in the different appeals regarding this issue and the case law of the High Court of Aragon. Furthermore the taxpayers' right to request the

1 Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación I+D GV/2017/152 de la Generalitat Valenciana «Derechos y garantías del contribuyente frente a una pluralidad de Administraciones tributarias. Situación actual y propuestas de mejora».

refund of the tax and the consequences of the obligation of the Town Councils to return the tax paid are also analyzed.

Key words: Tax municipal added value. Ability to pay principle. Declaration of unconstitutionality. Constitucional Court Rulings and its temporal effects. Burden of proof.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. **II**. LA NECESIDAD DE CONOCER EL ALCANCE DE LA STC 59/2017, DE 11 DE MAYO. **III**. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL INTERÉS CASACIONAL EN LA MATERIA. **IV**. CUESTIONES PENDIENTES DE RESOLUCIÓN RESPECTO DE LAS CUALES SE HA ADMITIDO LA EXISTENCIA DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA. **V**. LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE ARAGÓN DESPUÉS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA EXIGENCIA DE MEDIOS PROBATORIOS REFORZADOS. **VI**. BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO DE LOS CONTRIBUYENTES A SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE TERRENOS DE NATURALEZA URBANA PAGADO. **VII**. LOS AYUNTAMIENTOS Y SU OBLIGACIÓN DE PROCEDER A LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE TERRENOS DE NATURALEZA URBANA CUANDO EL CONTRIBUYENTE HA INGRESADO EL IMPUESTO Y, POSTERIORMENTE, SE DEMUESTRE LA INEXISTENCIA DE INCREMENTO DE VALOR.

I. **INTRODUCCIÓN**

El debate y las implicaciones prácticas generadas por las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la declaración de inconstitucional del Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante, IIVTNU)[2], ponen sobre la mesa una serie de problemas jurídicos de distinta naturaleza que

2 Se trata de las STC 26/2017, de 16 de febrero, sobre 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; la STC 37/2017, de 1 de marzo, relativa a 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; la STC 59/2017, de 11 de mayo, sobre el RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y la STC 72/2017, de 5 de junio, sobre la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra. En todas ellas, el Tribunal Constitucional ha resuelto de idéntica manera. Por razones obvias, en este trabajo, se hará referencia a la STC 59/2017, de 11 de mayo, al ser Aragón un territorio de régimen común.

afectan, no sólo a los contribuyentes, sino también a los Entes Locales, destinatarios últimos de tales pronunciamientos. Una vez más, y a golpe de Sentencia –que no de reforma legislativa sosegada y consensuada–, los Ayuntamientos se encuentran con serias dificultades para hacer frente a las funciones que tienen encomendadas por los arts. 142 CE y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Sigue siendo realidad lo que afirmaba la Exposición de Motivos de la entonces vigente Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales: «La evolución histórica de la Hacienda Local española, desde que esta pierde definitivamente su carácter patrimonialista durante la primera mitad del siglo XIX y se conviene en una Hacienda eminentemente fiscal, es la crónica de una institución afectada por una insuficiencia financiera endémica».

Y, lejos de atisbarse solución alguna a este problema, se puede decir, sin temor a equivocarse, que, hasta la fecha, el Legislador no ha considerado urgente la necesidad de dar una respuesta inmediata, que es lo que la lógica de las cosas impone en el presente caso. Mientras tanto, la seguridad jurídica se tambalea, y los Ayuntamientos tienen ante sí un crudo panorama que afecta a su «autonomía institucional». En muchos casos, resultan obligados, por Sentencia, a devolver las cantidades satisfechas por los contribuyentes junto con los intereses de demora devengados y, en su caso, las correspondientes condenas en costas, sin saber cómo proceder ante supuestos de difícil resolución para evitar futuras devoluciones. Y, al mismo tiempo, deben permanecer atentos a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, el cual, a golpe de Sentencia, va trazando la senda a seguir.

Ante la ausencia de respuesta del Legislador, la Administración Local tiene la difícil tarea de aplicar el Derecho, teniendo en cuenta: **i**) la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, **ii**) el modo en el que el Tribunal Supremo la interpreta y cómo se ve obligado a fijar doctrina en los asuntos con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que tiene que conocer, y, en muchos otros casos, **iii**) las Sentencias de los Tribunales de Justicia ordinarios –Juzgados o Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas–, en un sinfín de discusiones jurídicas sobre la exigencia, o no, de este Impuestos y, en su caso, sobre las correspondientes solicitudes de devolución por el contribuyente.

La situación tiene calado constitucional, pues, en esta tesitura, además de que se incide directamente en el principio de seguridad jurídica, el principio de capacidad económica, fundamento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos –junto con el resto de principios materiales de justicia, establecidos en el art. 31.1 de la CE–, está igualmente en entredicho. Por un lado, en su vertiente relativa a los ingresos públicos y al correlativo derecho de los con-

tribuyentes a contribuir de acuerdo con una capacidad económica real o, a lo sumo, potencial –que no virtual, ficticia o inexistente–, como el Tribunal Constitucional ha mantenido de manera constante. Así, la STC 59/2017, de 11 de mayo, ha recordado que es: «constitucionalmente admisible que «el legislador establezca impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica, estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza», bastando con que «dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo». Ello debe hacerse sin que en ningún caso pueda «establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, o, lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia»[3].

Por otro lado, no debe olvidarse que el principio de capacidad económica tiene una vertiente muy importante, pero, en ocasiones, olvidada, conectada con el gasto público[4]. La unidad del fenómeno financiero y la función de la Hacienda Pública en el contexto de un Estado Social exigen la realización de los fines constitucionalmente protegidos y sancionados en el Capítulo III, del Título I de la Constitución, bajo la rúbrica «De los principios rectores de la política social y económica»[5]. La actividad financiera de los entes públicos, y por tanto, de los entes locales es, en este sentido, una actividad de capital importancia, que incluye no sólo la ordenación, sino también la gestión de ingresos y gastos públicos –STC 13/1992 y 68/1996–[6]. No debe considerarse una actividad exclusivamente política[7], sino que propugna la intervención positiva de los poderes

3 STC 59/2017, de 11 de mayo, F.J. 3.

4 MARTÍN QUERALT, J. / LOZANO SERRANO, C. / TEJERIZO LÓPEZ, J.M. / CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 28ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p. 128.

5 Vid. LOZANO SERRANO, C.: «Intervencionismo y Derecho Financiero», *REDF,* 55 (1987), pp. 325 y ss.; RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: «La Constitución de 1978 y el modelo de Estado: consideraciones sobre la función de la Hacienda Pública», *Sistema, Revista de Ciencias Sociales,* 53 (1983), pp. 75 y ss., y «Derecho Financiero, Gasto Público y tutela de los intereses comunitarios en la Constitución», en AA.VV.: *Estudios sobre el proyecto de Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, pp. 347 y ss.

6 STC 13/1992, de 6 de febrero, F.J. 2 y STC 68/1996, de 18 de abril, F.J.2.

7 SAINZ DE BUJANDA, F.: *Sistema de Derecho Financiero, Introducción, Volumen primero,* Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1977, p. 120. Vid. también la referencia a la actividad financiera como una «actividad sustancialmente política», pero que no puede ser

públicos en orden a la consecución de unos valores establecidos en la propia Carta Magna, hasta el punto de conformar el Derecho Financiero como herramienta de suma utilidad para el logro de los valores y principios sancionados en la Constitución[8]. De ahí la importancia de la suficiencia financiera de los entes locales, y de la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, situaciones como la que se ha producido con la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos del Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

II. LA NECESIDAD DE CONOCER EL ALCANCE DE LA STC 59/2017, DE 11 DE MAYO

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 59/2017, de 11 de mayo, no declara, sin más, la inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sino que declara la inconstitucionalidad de dos preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLHL) –concretamente, de los arts. 107.1, 107.2.a) y 110.4 TRLHL–, y, además, lo hace «únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor»[9].

analizada exclusivamente con criterios de rentabilidad económica, MARTÍN QUERALT, J. / LOZANO SERRNO, C. / TEJERIZO LÓPEZ, J.M. / CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario,* 29ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p. 33.

8 PÉREZ DE AYALA, J.L.: «Los artículos tercero y cuarto de la Ley General Tributaria desde una perspectiva doctrinal actualizada», *Crónica Tributaria,* 50 (1984), pp. 65 y ss.

9 Por la importancia que tiene, se reproduce su contenido. Art. 107.1 y 2.a):

Artículo 107. Base imponible

1. La base imponible de este impuesto está constituida por el incremento del valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de 20 años.

A efectos de la determinación de la base imponible, habrá de tenerse en cuenta el valor del terreno en el momento del devengo, de acuerdo con lo previsto en los apdos. 2 y 3 de este artículo, y el porcentaje que corresponda en función de lo previsto en su apdo. 4.

2. El valor del terreno en el momento del devengo resultará de lo establecido en las siguientes reglas:

a) En las transmisiones de terrenos, el valor de estos en el momento del devengo será el que tengan determinado en dicho momento a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Conviene profundizar en el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional con la finalidad de comprender su verdadero alcance.

La STC 59/2017, de 11 de mayo, trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Jerez de la Frontera contra la norma de valoración objetiva establecida en el art. 107 del TRLHL frente a una serie de liquidaciones por el concepto del Impuesto sobre el Incremento de Valor e Terrenos de Naturaleza Urbana.

Según el órgano judicial que elevó esta cuestión de inconstitucionalidad, la entidad recurrente adquirió unos terrenos en un momento de alza en el mercado inmobiliario (habiéndose ajustado al valor resultante de la ponencia de valores del municipio a la hora de determinar los precios), y, posteriormente, en una situación de bajada «sustancial y sostenida» de los precios, los transmitió en ejecución hipotecaria. La aplicación aséptica del precepto cuestionado –art. 107 TRLHL–, al no contemplar el supuesto de una minusvaloración en la venta de inmuebles, pues determina siempre un incremento de valor por el que tributar, parece contravenir la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de capacidad económica, como requisito esencial de toda prestación tributaria.

.....

> No obstante, cuando dicho valor sea consecuencia de una ponencia de valores que no refleje modificaciones de planeamiento aprobadas con posterioridad a la aprobación de la citada ponencia, se podrá liquidar provisionalmente este impuesto con arreglo a aquel. En estos casos, en la liquidación definitiva se aplicará el valor de los terrenos una vez se haya obtenido conforme a los procedimientos de valoración colectiva que se instruyan, referido a la fecha del devengo. Cuando esta fecha no coincida con la de efectividad de los nuevos valores catastrales, estos se corregirán aplicando los coeficientes de actualización que correspondan, establecidos al efecto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.
>
> Cuando el terreno, aun siendo de naturaleza urbana o integrado en un bien inmueble de características especiales, en el momento del devengo del impuesto, no tenga determinado valor catastral en dicho momento, el ayuntamiento podrá practicar la liquidación cuando el referido valor catastral sea determinado, refiriendo dicho valor al momento del devengo.

Por su parte, el:

> Artículo 110 Gestión tributaria del impuesto», establece:
>
> 4. Los ayuntamientos quedan facultados para establecer el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo, que llevará consigo el ingreso de la cuota resultante de aquella dentro de los plazos previstos en el apdo. 2 de este artículo. Respecto de dichas autoliquidaciones, el ayuntamiento correspondiente sólo podrá comprobar que se han efectuado mediante la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto, sin que puedan atribuirse valores, bases o cuotas diferentes de las resultantes de tales normas.
>
> En ningún caso podrá exigirse el impuesto en régimen de autoliquidación cuando se trate del supuesto a que se refiere el párrafo tercero del artículo 107.2.a) de esta ley.

Ante esta tesitura, el Tribunal Constitucional, en la citada 59/2017, de 11 de mayo, afirmó que «es plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a 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». Sin embargo, añadió que «una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal»[10].

El Tribunal se está refiriendo a la estimación objetiva de la base imposible del IIVTNU, que descansa sobre el valor del terreno en el momento del devengo y la aplicación de una serie de coeficientes y porcentajes en función del periodo de generación de la supuesta plusvalía inmobiliaria. Se trata de una opción de política legislativa; eso sí, siempre que no se supere el límite de la renta «potencial» y se sometan a tributación rentas ficticias, inexistentes o reales, como parece ser el caso planteado.

En este supuesto concreto, a juicio del TC, no existe una correspondencia entre el objeto del impuesto, el «incremento de valor» y la realidad fáctica, ya que, a la mera titularidad del terreno durante un periodo de tiempo (entre 1 y 20 años), se anuda automáticamente la existencia de ese incremento en el valor del suelo, con independencia, no sólo del *quantum* real del mismo, sino de la propia existencia de ese incremento. Y, por eso, el Tribunal concluye que «cuando no se ha producido ese incremento en el valor del terreno transmitido, la capacidad económica pretendidamente gravada deja de ser potencial para convertirse en irreal o ficticia, violándose con ello el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE)»[11].

En definitiva, los preceptos constitucionales impugnados «fingen, sin admitir prueba en contrario, que por el solo hecho de haber sido titular de un terreno de naturaleza urbana durante un determinado período temporal (entre uno y veinte años), se revela, en todo caso, un incremento de valor y, por tanto, una capacidad económica susceptible de imposición, impidiendo al ciudadano cumplir con su obligación de contribuir, no de cualquier manera, sino exclusivamente 'de acuerdo con su capacidad económica' (art. 31.1 CE)».

Adicionalmente, el TC extiende la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, por conexión, al art. 110.4 LHL «al impedir a los sujetos pasivos

10 STC 59/2017, de 11 de mayo, FJ. 3.

11 STC 59/2017, de 11 de mayo, FJ. 3.

que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica»[12]. Debe recordarse que tal precepto restringe la comprobación de las autoliquidaciones del IIVTNU efectuadas por el contribuyente a una única cuestión: «la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto, sin que puedan atribuirse valores, bases o cuotas diferentes de las resultantes de tales normas». En definitiva, el apdo. 4 del art. 110 TRLHL impedía cualquier acción probatoria del contribuyente dirigida a demostrar la inexistencia de un incremento de valor del terreno transmitido.

El Tribunal Constitucional, antes de pronunciar su Fallo, realiza una precisión respecto del alcance de su Sentencia. Aunque, más que una precisión, debe entenderse que se trata de un claro mandato al Legislador: «la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana».

Sorprende el inciso final de tal afirmación, ya que las situaciones de inexistencia de incremento de valor de terrenos de naturaleza urbana son supuestos de no sujeción, al no producirse el hecho imponible, y tales supuestos, per se, no determinan el nacimiento de ninguna obligación tributaria, de modo que menos aún necesitan que se arbitre el modo de no someterlas a tributación. Lo correcto hubiese sido omitir, en esta supuesta aclaración, la referencia a la inexistencia de incrementos de valor, o bien precisar que el Legislador, en su tarea de delimitación del hecho imponible, podría, si así lo considera conveniente, completarlo con la concreción de supuestos de no sujeción, para su mejor comprensión. Debe tenerse en cuenta, además, que las normas de no sujeción, en tanto que aclaratorias, no son obligatorias; eso sí, en tanto que normas que delimitan el hecho imponible, deben considerarse elementos esenciales del tributo a efectos de quedar cubiertos por el principio de reserva de Ley (art. 8 de la LGT).

Por último, es importante subrayar, por las implicaciones que tiene y tendrá para los Ayuntamientos, que el Tribunal Constitucional declara inconstitucionales y nulos los art. 107.2 y 110.4 del TRLHL, debiendo ser «expulsados del ordenamiento jurídico, *ex origine*»[13].

12 STC 59/2017, de 11 de mayo, F.J. 5.

13 STC 59/2017, de 11 de mayo. F.J. 5.

El Tribunal Constitucional no ha querido, en esta ocasión, delimitar los efectos temporales de su Sentencia. Esta cuestión, será objeto de un análisis individualizado en este trabajo. Baste señalar, en este momento, que tal afirmación despliega una clara consecuencia: los Ayuntamientos podrían tener la obligación de devolver el importe del tributo indebidamente cobrado a todas las situaciones no decididas con fuerza de cosa juzgada, junto con los intereses de demora desde la fecha del ingreso (como ha destacado Moreno Fernández[14]). No es necesario recalcar las implicaciones económicas de tal obligación en la actividad financiera de los Ayuntamientos.

III. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL INTERÉS CASACIONAL EN LA MATERIA

El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que se dictó, apreciando la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, en esta materia, fue la Sentencia de 9 de julio de 2018[15].

Hasta esa fecha, los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Contencioso-administrativo habían resuelto sobre solicitudes de devolución del IIVTNU de manera diferente.

Por un lado, se encontraba la que fue bautizada como «tesis maximalista o absoluta».

La Sentencia de 30 de junio de 2017 del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza, es un claro exponente de tal orientación. Para este Juzgado, la única solución respetuosa con la norma declarada inconstitucional, y con las Sentencias del TC sobre la materia, «es la anulación de todas las liquidaciones, bien las directamente recurridas, bien cuando se ha pedido la devolución de un pago indebido». Y, añadía, que, determinar en cada caso si hay o no incremento, «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,

14 MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del impuesto municipal sobre las plusvalías: las SSTC 16/2017 y 37/2017», *Revista Interactiva de Actualidad*, 11 (2017), p. 15.

15 STS de 9 de julio de 2018 (Rec. de casación 6226/2017).

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 1, 33.1 y 2, ambos de la Constitución) (STC 16/2017). En definitiva, el resultado del tributo sería diferente en Almería, Zaragoza, Madrid, etc. Del mismo modo, los Ayuntamientos, miles, lo interpretarían a su albedrío y se daría lugar a una radical desigualdad en la aplicación de la ley, con violación del art. 14 CE, que dependería del Ayuntamiento y luego del Juzgado concreto en que se pudiese recurrir»[16].

Adicionalmente, entiende este Juzgado que «eliminado el 107.1 y 107.2.a, ha desaparecido la definición de la base imponible del tributo, y con ello, no tenemos la limitación de los veinte años, no tenemos la indicación de que lo que debe tenerse en cuenta es el valor del terreno en el momento del devengo y que este se determina conforme a los apdos. 2 y 3; y tampoco se puede aplicar el porcentaje del apdo. 4, aplicable en virtud del 107.1, declarado inconstitucional, pues van unidos el 107.1 y el 107.4.

En definitiva, operaríamos en el vacío, violaríamos el principio de reserva de ley en materia tributaria, al fijar los elementos determinantes de la base imponible, los periodos y los porcentajes y crearíamos una total inseguridad jurídica, con una aplicación diferente en cada municipio o incluso en cada órgano judicial»[17].

Otros muchos Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia coincidieron en esta interpretación del alcance de la STC 59/2017, de 11 de mayo. Así, entre otros, el TSJ de Madrid, el TSJ de Castilla León, el TSJ de Cataluña o el TSJ de Navarra[18]. Todas estas Sentencias anulaban sistemáticamente las liquidaciones del IIVTNU con independencia de cualquier otra consideración adicional, ante la ausencia de norma de cobertura generada por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 59/2017, de 11 de mayo, según su parecer.

Por otro lado, se encontraban aquellos Tribunales Superiores de Justicia o Juzgados de lo Contencioso-administrativo que optaban por una solución dife-

16 Sentencia del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza de 30 de junio de 2017 (Rec. núm. 259/2016), F.D. tercero.

17 Sentencia del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza de 30 de junio de 2017 (Rec. núm. 259/2016), F.D. tercero.

18 STSJ de Madrid de 19 de julio de 2017 (Rec. de Apelación 783/2016), STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 21/2017), STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 100/2017) o STSJ de Navarra de 6 de febrero de 2018 (Rec. núm. 535/2016).

rente, que pasó a denominarse «tesis relativa» (Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia o Murcia).

Estos Tribunales y Juzgados admiten que los contribuyentes puedan acreditar, mediante diferentes medios de prueba, la existencia de un decremento de valor y, por tanto, la no realización del hecho imponible, no pudiendo exigirse el IIVTNU, cuando eso sucediera[19]. Entre ellos, se encuentra el TSJ de Aragón, en su Sentencia de 19 de julio de 2017, relativa a una prueba pericial que acreditaba la no existencia un incremento de valor[20].

Con un panorama así, el Auto del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2018[21], admite la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los siguientes términos: «Determinar si, para garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 de la Constitución) y el respeto de la reserva de ley en materia tributaria (arts. 31.3 y 133.1 y 2 de la Constitución), la inconstitucionalidad de los arts. 107.1 , 107.2 a) y 110.4 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales [...] obliga en todo caso a la anulación de las liquidaciones y al reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin entrar a valorar la existencia o no en cada caso de una situación inexpresiva de capacidad económica».

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión en su Sentencia de 9 de julio de 2018[22], siendo la primera de una serie de pronunciamientos sobre los que es necesario detenerse para conocer el alcance y aplicación práctica de la declaración de inconstitucionalidad de la STC 59/2017, de 11 de mayo, realizada por el TS.

El Tribunal Supremo hace pivotar su Sentencia a partir de la afirmación del TC según la cual los arts. 107.1, 107.2.a) y 110.4 del TRLHL son inconstitucionales «únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor».

19 Así, entre otras, las STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2017 (Rec. de Apelación 174/2016), STSJ de Extremadura de 13 de julio de 2017 (Rec. de Apelación 128/2017), STSJ de Galicia de 14 de julio de 2017 (Rec. de Apelación 15002/2017) o STSJ de Murcia de 16 de octubre de 2017 (Rec. de Apelación 84/2017).

20 STSJ de Aragón de 19 de julio de 2017 (Rec. de Apelación 23/2017).

21 Se presentó recurso de casación por una entidad financiera a resultas de la STSJ de Aragón de 27 de septiembre 2017, que confirma la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 4 de Zaragoza, de 31 de mayo de 2016.

22 STS de 9 de julio de 2018 (Rec. de casación 6226/2017).

Tal afirmación permite llegar a las siguientes conclusiones:

Primera: a juicio del Tribunal Supremo, el TC ha declarado la inconstitucionalidad parcial de los art. 107.1 y 107.2 a) TRLHL, y la inconstitucionalidad total del art. 110.4 (relativa a la autoliquidación del impuesto)[23]. Por tanto, las dos declaraciones de inconstitucionalidad no tienen el mismo alcance.

Para el TS, la *ratio decidenci* del TC ha sido el principio de capacidad económica, de modo que no tiene sentido que la nulidad de los preceptos se extienda a supuestos en lo que sí existe capacidad económica. Por eso, «Si se permite al contribuyente probar la inexistencia de plusvalía y al aplicador del Derecho valorar la prueba aportada por el contribuyente el fallo de la STC 59/2017 puede cumplirse en sus términos estrictos; en particular, resulta posible inaplicar el IIVTNU únicamente en la medida en que se someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor»[24].

Y aclara, a renglón seguido, que «por si pudiera existir alguna duda de que la que acabamos de exponer en apretada síntesis es la exégesis correcta –aunque, lo adelantamos ya, necesitada de ulteriores precisiones– del pronunciamiento que venimos comentando, el Pleno del Tribunal se encarga de precisar en el FJ 5, que destina a efectuar 'una serie de precisiones últimas' sobre el alcance del fallo al que conduce la Sentencia, lo siguiente: (1) que el IIVTNU 'no es, con carácter general, contrario al Texto Constitucional, en su configuración actual'; (2) que 'lo es únicamente en aquellos supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión'; y (3) que 'deben declararse inconstitucionales y nulos, en consecuencia', los arts. 107.1 y 107.2.a) LHL, 'únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica'».

La declaración de inconstitucional total del art. 110.4 del TRLHL abre, por tanto, la posibilidad de probar la inexistencia de plusvalía, de ahí que el TS se vea obligado a refutar lo que considera una «la interpretación excesivamente literal –y, lo que es más reprobable, asistemática– que algunos Tribunales Superiores de Justicia vienen efectuando de la letra c) del FJ 5 de la STC 59/2017, que les lleva a transformar el que es el entendimiento correcto del fallo de la Sentencia –la declaración de inconstitucionalidad parcial de los arts. 107.1 y 107.2.a) del TRLHL– en una comprensión erró-

23 STS de 9 de julio de 2018 (Rec. de casación 6226/2017), F.D. cuarto.

24 STS de 9 de julio de 2018 (Rec. de casación 6226/2017), F.D. cuarto.

nea del mismo: en particular, a defender la declaración de inconstitucionalidad radical y absoluta de los mencionados preceptos y, por derivación, a descartar *a radice* que, hasta tanto se produzca la reforma legal del IIVTNU, puedan girarse liquidaciones correspondientes al mismo»[25].

Segunda: Corresponde al obligado tributario probar la inexistencia de incremento de valor del terreno onerosamente transmitido; cuestión que se deduce, no sólo del art. 105.1 de la LGT, sino también del Fundamento Jurídico 5.b) de la STC 59/2017, cuando afirma «debe declararse inconstitucional y nulo el art. 110.4 LHL, al impedir a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica».

Tercera: «Para acreditar que no ha existido la plusvalía gravada por el IIVTNU podrá el sujeto pasivo (a) ofrecer cualquier principio de prueba, que al menos indiciariamente permita apreciarla , como es la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión que se refleja en las correspondientes escrituras públicas [...], (b) optar por una prueba pericial que confirme tales indicios; o, en fin, (c) emplear cualquier otro medio probatorio ex art. 106.1 LGT que ponga de manifiesto el decremento de valor del terreno transmitido y la consiguiente improcedencia de girar liquidación por el IIVTNU»[26].

Cuarta: Aportada por el obligado tributario la prueba de que el terreno no ha aumentado de valor del suelo, deberá ser la Administración la que tenga que probar lo que estime pertinente sobre la existencia de incremento del valor del terreno para poder aplicar los artículos del TRLHL que el fallo de la STC 59/2017 ha dejado en vigor en caso de que existe plusvalía. Obviamente, contra el resultado de la valoración de la prueba efectuada por la Administración en el seno del procedimiento tributario correspondiente, el obligado tributario dispondrá de los medios de defensa que se le reconocen en vía administrativa y, posteriormente, en sede judicial –donde, no conviene olvidarlo, impera el principio de igualdad entre las partes, también a la hora de probar lo que cada una de ellas alegue en defensa de su derecho–.

Como puede comprobarse, el Tribunal Supremo interpreta el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de los mencionados preceptos del TRLHL introduciendo una auténtica obligación formal en los obligados tributarios: la

25 STS de 9 de julio de 2018 (Rec. de casación 6226/2017), F.D. cuarto.

26 STS de 9 de julio de 2018 (Rec. de casación 6226/2017), F.D. quinto.

obligación inicial del contribuyente de probar la inexistencia de incremento de valor del terreno onerosamente transmitido. Y así lo hace porque, como ha quedado expuesto, el TC lo deja dicho en su Sentencia.

No hace falta recordar que las obligaciones formales, en tanto que prestaciones personales, están cubiertas también por el principio de reserva de ley, recogido en el art. 31.3 de la CE. Resulta paradójico que el Tribunal afirme que, de la competencia exclusiva del Legislador para reformar el IIVTNU, «no puede inferirse que, hasta que el legislador no lleve a cabo semejante tarea, no puede probarse por el contribuyente –ni, en consecuencia, valorarse por el aplicador del Derecho– la inexistencia de plusvalía real susceptible de ser sometida a imposición, y ello por cuanto que esta prueba o, en su caso, la determinación del eventual incremento/decremento del valor del terreno que pudiera producirse, carecerían de la debida cobertura legal, en contra de las exigencias que dimanan de los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de reserva de ley que en materia tributaria establecen los artículos 31.3 y 133.1 CE»[27].

Adicionalmente, dado que el sistema de autoliquidación previsto en el art. 110.4 TRLHL está declarado inconstitucional sin matización alguna, los Ayuntamientos, en tanto no se produzca reforma legislativa alguna, deben regular en la correspondiente Ordenanza Fiscal el sistema a través del cual los obligados tributarios pueden proceder a declarar y probar la no realización del hecho imponible para hacer realidad el principio de capacidad económica, y, así, poder exigir el Impuesto exclusivamente en los supuestos en los que exista incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. No podemos dejar de llamar la atención sobre la paradoja que implica que, cuando se produce un supuesto de no sujeción al Impuesto –por inexistencia de realización del hecho imponible–, se haya acabado estableciendo una correlativa obligación formal del contribuyente de declarar y probar, precisamente, esa no sujeción. Obviamente, es de suponer que esa posibilidad de probar la inexistencia de incremento del valor como consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, también debe mantenerse, como derecho del contribuyente, aunque este no haya procedido a realizar esa declaración tributaria de no sujeción, ante la entidad local, si esta, con posterioridad, iniciara un procedimiento tributario para exigir el Impuesto.

Falta también por determinar el modo en que la Administración local deberá desvirtuar la prueba aportada por el obligado tributario para poder exigir

27 STS de 9 de julio de 2018 (Rec. de casación 6226/2017), F.D. cuarto.

el Impuesto. En principio, y por lo que respecta a los recursos pendientes de resolver, será en vía administrativa o en vía judicial donde deba hacerse valer dicha prueba. Cuando se trate de declaraciones de no realización del hecho imponible, todo dependerá del modo en que se articule técnicamente dicha obligación formal.

Con posterioridad a la STS de 9 de julio de 2018, se han sucedido una serie de pronunciamientos del TS en los que se aprecia la existencia del mismo interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Descansando en la misma ratio *decidendi*, suponen una concreción de los elementos de prueba que puede emplear el obligado tributario para acreditar la existencia de una minusvalía.

La primera de estas Sentencias es de 17 de julio de 2018[28]. En esta ocasión, el TS casa y anula tanto la STSJ de Madrid de 19 de julio de 2017[29], como la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 34 de Madrid[30], aunque por diferentes motivos. Interesa detenernos, no obstante, en los argumentos empleados por el Tribunal Supremo respecto de la última de ellas.

Así, el Tribunal Supremo entiende que «el Juzgado se muestra rigorista con la exigencia de prueba sobre la inexistencia de riqueza gravable: a) en primer lugar, desdeña a priori todo valor de prueba, aun indiciaria, a los precios recogidos en las escrituras públicas de adquisición y transmisión, con cita del art. 1218 del Código Civil, pero llevada a una posición extrema su exégesis, de suerte que lo que no sea '...el hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este' parece carecer de todo valor; b) en segundo término, atribuye al interesado la carga de probar la pérdida patrimonial por medios distintos al de la exhibición de tales instrumentos; y c) viene a exigir, a la postre, una prueba pericial para acreditar que se ha experimentado la minusvalía que situaría la transmisión efectuada fuera del ámbito objetivo de la aplicación del tributo»[31].

El TS admite, en principio, que puedan ser válidos los valores consignados en las escrituras públicas, afirmando: «los valores consignados en las escrituras

28 STS de 17 de julio de 2018 (Rec. de Casación 5664/2017).

29 STSJ de Madrid de 19 de julio de 2017 (Rec. de Apelación 783/2016). Recuérdese que esta Sala mantenía una tesis absoluta o maximalista, descartada por el TS desde su primer pronunciamiento sobre el interés casacional en la materia.

30 Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 34 de Madrid (procedimiento ordinario núm. 5/2016).

31 STS de 17 de julio de 2018 (Rec. de Casación 5664/2017), F.D. quinto.

públicas, en tanto sean expresivos de que la transmisión se ha efectuado por un precio inferior al de adquisición, constituyen un sólido y ordinario principio de prueba que, sin poseer un valor absoluto –que no podemos establecer con carácter abstracto en sede casacional– sí que bastarían, por lo general, como fuente de acreditación del hecho justificador de la inaplicabilidad del impuesto que, no debemos olvidar, hace sólo objeto de gravamen las plusvalías o incrementos de valor.

En otras palabras, tales datos, a menos que fueran simulados, deberían ser suficientes, desde la perspectiva de la *onus probandi*, para desplazar a la parte contraria, al Ayuntamiento gestor y liquidador, la carga de acreditar en contrario, de modo bastante, que los precios inicial o final son mendaces o falsos o no se corresponden con la realidad de lo sucedido»[32].

No puede olvidarse, sin embargo, la dificultad probatoria a la hora de demostrar la simulación de un valor consignado en una escritura pública.

Con posterioridad, la STS de 17 de diciembre de 2018, anula y casa la Sentencia, de 10 de octubre de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza[33], al considerar que es un claro exponente claro de la *tesis maximalista* y porque había descartado la prueba aportada por el contribuyente –consistente, no sólo los precios que se habían consignado en la escrituras de adquisición de transmisión de 2014, sino también los Valores de Referencia del Gobierno de Aragón que ponían de manifiesto la pérdida de valor de los inmuebles objeto de transacción[34]–.

Y, un día más tarde, la STS de 18 de diciembre de 2018, vuelve a casar y anular otra Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza, de 20 de octubre de 2018[35], por idénticos motivos, entendiendo satisfecha la carga de la prueba de una minusvalía con la aportación de una valoración certificada por una sociedad de tasación homologada por el Banco de España. Cantidad que, por lo demás, es exactamente coincidente con la tomada por Juzgado como valor de tasación a los efectos de subasta del bien[36].

32 STS de 17 de julio de 2018 (Rec. de Casación 5664/2017), F.D. quinto.

33 Sentencia de 10 de octubre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza (Rec. núm. 35/2017).

34 STS 17 de diciembre de 2018 (Rec. casación 6380/2017), F.D. décimo.

35 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza de 20 de octubre de 2018 (procedimiento abreviado núm. 7/2017).

36 STS 18 de diciembre de 2018 (Rec. de Casación 5484/2017), F.D. cuarto.

Mención aparte merece la STS de 8 de noviembre de 2018[37]. De nuevo, el Tribunal Supremo casa y anula una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza[38]. La particularidad del caso radica en que se trata de una transmisión lucrativa mortis causa de una vivienda, despejándose de este modo las dudas sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la STC 59/2017, que no había hecho aclaración al respecto y que podría entenderse referida exclusivamente a las transmisiones onerosas. En esta ocasión, la contribuyente había acreditado la inexistencia de un incremento de valor por la comparación entre valor de adquisición por la causante y el valor obtenido de la aplicación de los baremos de la Diputación General de Aragón a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Es necesario también hacer referencia a la STS de 20 de diciembre de 2018[39], en la que el Tribunal se pronuncia respecto de los criterios seguidos por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Cuenca, en su Sentencia de 21 de septiembre de 2010[40] y por la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2012[41]. Ambos pronunciamientos habían confirmado las autoliquidaciones del IIVTNU en las que la plusvalía obtenida era el resultado de aplicar una fórmula matemática sugerida por el contribuyente porque de ese modo se tenía en cuenta el incremento de valor del bien en el futuro, y no el incremento de valor puesto de manifiesto durante el tiempo en que se ha poseído el bien. Sin embargo, el TS descarta esta forma de cálculo «porque lo pretendido, en realidad, es una alteración del procedimiento de cálculo que desconoce directamente el mandato legal del artículo 107.4 TRLHL; y porque tampoco la parte actora ha aportado una prueba pericial técnica o de otro tipo que evidencie la inadecuación del método cálculo legalmente establecido con el principio de capacidad económica del artículo 31.1 CE»[42].

En último lugar, y en relación con la carga de la prueba, la Sentencia del TS de 13 de febrero de 2019 se pronuncia sobre la procedencia de atribuir a la Administración la carga de probar la existencia del hecho imponible, o si le corres-

37 STS 8 de noviembre de 2018 (Rec. de Casación 5214/2017).

38 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Zaragoza (procedimiento abreviado núm. 220/2016).

39 STS de 20 de diciembre de 2018 (Rec. de Casación 4980/2017).

40 Sentencia de 21 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Cuenca (Sentencia 366/2010).

41 STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2012 (Rec. de Apelación 393/2010).

42 STS de 20 de diciembre de 2018 (Rec. de Casación 4980/2017), F.D. noveno.

ponde al sujeto pasivo demostrar la minusvalía[43]. En esta ocasión, el contribuyente recurre la Sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2017[44] que, a su vez, confirma, en apelación, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Gerona, de 22 de noviembre de 2016[45], que consideraba conforme a Derecho la liquidación del IIVTNU.

La sociedad afectada intentó demostrar la inexistencia de una plusvalía, aportando las escrituras de compra y venta del inmueble, aportando dos certificaciones de tasación, y alegando, a su favor, el hecho de que el valor catastral del inmueble no hubiese sido alterado durante el tiempo que transcurrió entre la adquisición y la venta –casi diez años–.

Tanto el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Gerona, como el TSJ de Cataluña, en las Sentencias que se acaban de mencionar, entienden que la prueba de parte no es suficiente para demostrar la inexistencia de una plusvalía.

Por lo que respecta a los dos informes de tasación, al que se pronuncia sobre el valor en el momento de la compraventa, se censura que, además de no coincidir en el tiempo con la fecha de adquisición, no precisa o diferencia el valor de la construcción respecto del valor del terreno; mientras que el informe relativo al valor en el momento de la transmisión, sí que está referido al valor del terreno, de modo que no se trata de términos comparativos homogéneos.

En cuanto al valor catastral inalterado del terreno, ambas Sentencias entienden que tal circunstancia no es indicativa del valor de mercado, sino que depende de la fecha en que se apruebe la Ponencia de Valores y de sus actualizaciones.

Finalmente, y como se indican en los antecedentes de la STS de 13 de febrero de 2019, «no resultó suficiente la acreditación de los precios estipulados en los documentos públicos de transmisión, porque [...] la relación de parentesco entre los socios representantes de las mercantiles que formalizaron la transmisión del inmueble, hacía dudar de la certeza del precio pactado como el que efectivamente se pudiera haber llegado a satisfacer»[46].

43 STS de 13 de febrero de 2019 (Rec. de Casación 4238/2017), que resuelve el recurso de casación admitido por el ATS de 11 de diciembre de 2017 (Rec. de Casación 4238/2017).

44 STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2017 (Rec. de Apelación 21/2017).

45 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Gerona de 22 de noviembre de 2016 (procedimiento ordinario núm. 142/2016).

46 STS de 13 de febrero de 2019 (Rec. de Casación 4238/2017), antecedente de hecho quinto.

Se puede sintetizar la doctrina del Tribunal Supremo en esta Sentencia del siguiente modo:

- Existe una presunción legal de existencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, y corresponde, en todo caso, al obligado tributario –*y no a la Administración local– enervar tal presunción legal*. Se trata de una inversión de la carga de la prueba, a que se refiere expresamente el art. 385.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)*, al que en el ámbito tributario remite el art. 106.1 LGT* [47].
- Esta misma conclusión se extrae, a juicio del TS, de la STC 59/2017, de 11 de mayo, cuando afirmó que «debe declararse inconstitucional y nulo el artículo 110.4 LHL, al impedir a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7 , y 37/2017, FJ 5)»[48]. Por lo demás, es doctrina ya asentada en esta materia desde la STS de 9 de julio de 2018[49].
- El Tribunal Supremo señala, como apoyo a su tesis, que la atribución de la carga de la prueba al sujeto pasivo del impuesto es la solución por la que ha optado el Legislador en la Proposición de Ley por la que se modifica el texto refundido del RDLHL[50].
- También permite fundamentar esta carga de la prueba en el obligado tributario apelando a la disponibilidad o mayor facilidad de la prueba –re-

47 STS de 13 de febrero de 2019 (Rec. de Casación 4238/2017), F.D, cuarto.

48 STC 59/2017, de 11 de mayo, F.J. 5b).

49 STS de 9 de julio de 2018 (Rec. de Casación 6226/2017).

50 La proposición de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias, BOCG, Serie B, 9 de marzo de 2018, Núm. 225-1, p. 3, propone la siguiente redacción del art. 104.5.: «5. No se producirá la sujeción al impuesto en las transmisiones de terrenos, respecto de las cuales el sujeto pasivo acredite la inexistencia de incremento de valor, por diferencia entre los valores reales de transmisión y adquisición del terreno.

A estos efectos, el sujeto pasivo deberá declarar la transmisión no sujeta, así como aportar las pruebas que acrediten la inexistencia de incremento de valor.

Para acreditar la inexistencia de incremento de valor, como valores reales de transmisión y adquisición del terreno se tomarán los efectivamente satisfechos respectivamente en la transmisión y adquisición del bien inmueble, que consten en los títulos que documenten la transmisión, o bien, en su caso, los comprobados por la Administración tributaria a quien corresponda la gestión de los impuestos que gravan la transmisión del inmueble, en caso de que sean mayores a aquellos».

cogido en el art. 217.7 LEC–, que, aunque referido a la carga de la prueba en sede judicial, puede trasladarse *mutatis mutandis* al ámbito de los procedimientos de aplicación de los tributos. Es el obligado tributario, y no la Administración, quien, a través de los medios siquiera indiciarios, tiene mayor facilidad para acreditar que el precio de la transmisión del terreno no fue superior al de su adquisición y, por ende, que no se ha producido el incremento de valor a que se refiere el art. 104.1 TRLHL[51].

- Esta carga de la prueba recae sobre el obligado tributario en todo caso, con independencia de la forma en que el Ayuntamiento haya decidido la gestión del IIVTNU (procedimiento de gestión iniciado mediante declaración o por el sistema de autoliquidación)[52].

El Tribunal Supremo concluye desestimando el recurso de casación, ya que tanto TSJ de Cataluña en su Sentencia de 12 de mayo de 2017[53] como Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Gerona en su Sentencia de 22 de noviembre de 2016[54] valoraron suficientemente los medios de prueba aportados, medios que, a su juicio, no fueron suficientes para acreditar la existencia de un decremento de valor, recordando que en casación no es posible modificar la valoración de la prueba efectuada en el Tribunal de instancia.

IV. CUESTIONES PENDIENTES DE RESOLUCIÓN RESPECTO DE LAS CUALES SE HA ADMITIDO LA EXISTENCIA DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Son muchas, y muy distintas, las cuestiones a las que debe dar respuesta el Tribunal Supremo, al haber apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Dada su importancia, pues de su resolución depende el modo de proceder en los diversos recursos administrativos y judiciales pendientes, es necesario permanecer atentos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que puede recaer sobre la materia.

51 STS de 13 de febrero de 2019 (Rec. de Casación 4238/2017), F.D, cuarto.

52 STS de 13 de febrero de 2019 (Rec. de Casación 4238/2017), F.D, quinto.

53 STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2017 (Rec. de Apelación 21/2017).

54 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Gerona de 22 de noviembre de 2016 (procedimiento ordinario núm. 142/2016).

En primer lugar, y se trata de una cuestión destacada por el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de julio de 2018, convendría saber el modo de proceder en los supuestos en los que la plusvalía generada fuese de un valor inferior al de la cuota que resultase de la aplicación de los arts. 107.1 y 107.2.a) del TRLHL. Sobre esta cuestión, el TS advirtió lo siguiente: «Pudieran darse casos en los que la plusvalía realmente obtenida por el obligado tributario fuera tan escasa que la aplicación de los artículos 107.1 y 107.2.a) del TRLHL pudiera suscitar dudas desde la perspectiva del artículo 31.1 CE. La cuestión, sin embargo, no se nos ha planteado aún y tampoco ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en la STC 59/2017»[55].

En efecto, se plantea un problema, no tanto de capacidad económica, como de prohibición del alcance confiscatorio de un tributo, ya que en estos casos se agotaría la riqueza imponible, la que, como el Tribunal Constitucional ha señalado, es el sustento o base de toda imposición (STC 233/1999, de 16 de diciembre)[56].

Nada prevé al respecto la Proposición de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias[57], que debería articular una solución normativa a tal posibilidad. No en vano, el art. 56.3 de la LGT prevé que: «La cuota íntegra deberá reducirse de oficio cuando de la aplicación de los tipos de gravamen resulte que a un incremento de la base corresponde una porción de cuota superior a dicho incremento. La reducción deberá comprender al menos dicho exceso». Y esto es lo que podría ocurrir en los supuestos de plusvalías de un importe muy bajo[58].

55 STS de 9 de julio de 2018 (Rec. de casación 6226/2017), F.D. quinto.

56 STS 233/1999, de 16 de diciembre, F.J. 23.

57 BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 225-1, de 09/03/2018.

58 En este sentido, la enmienda de modificación número 3, propuesta por parte del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, afirma: «5. En caso de comprobarse la existencia del incremento de valor, pero este incremento sea inferior al incremento determinado por el método de cálculo de la base imponible, se tomará como base imponible definitiva el incremento efectivamente comprobado por la administración». La justificación es la siguiente: «La propuesta no contempla el supuesto en que habiéndose producido el incremento real de valor, el beneficio o plusvalía obtenida por el contribuyente sea inferior al que resulta de la base imponible del impuesto, calculada de conformidad al artículo 107 del TRLRHL. Incluso podrá darse el caso en que el incremento de valor resulte inferior a la cuota tributaria del impuesto, calculada conforme a las previsiones de la norma. Esta situación carece de todo sentido de justicia tributaria y además provocaría litigios adicionales a los organismos de gestión del impuesto», BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 225-4, de 06/11/2018, pp. 2 y 3.

El ATS de 16 de noviembre de 2017 aprecia la existencia de interés casacional para la formación de jurisprudencia en la necesidad de fijar si, para calcular la existencia de un incremento o de una disminución del valor de los terrenos en el IIVTNU, a los efectos del art. 104.1TRLHL, los gastos de urbanización deben considerarse como un mayor precio de adquisición o debe entenderse que incrementan el valor de los terrenos, incremento que se reflejaría en el precio de transmisión[59].

También respecto del cálculo de la base imponible, el ATS de 27 de noviembre de 2017 considera de interés casacional determinar si el importe de la base imponible de este impuesto puede no ser el resultado de multiplicar el valor del terreno en el momento del devengo por el número de años de generación del incremento y por el porcentaje anual corresponda[60]. No obstante, puede entenderse tácitamente resuelta esta cuestión con la STS de 20 de diciembre de 2018[61], en la que el Tribunal entendió que el criterio de cálculo aceptado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Cuenca, en su Sentencia de 21 de septiembre de 2010[62], suponía una alteración del modo de determinación de la base imponible fijado por voluntad legal en el art. 107.4 TRLHL.

Finalmente, debe destacarse una cuestión pendiente de resolución, relativa a la carga de la prueba.

El ATS de 11 de diciembre de 2017 (Recurso de Casación 5113/2017) se cuestiona si está cerrado el paso a cualquier presunción de existencia de incremento de valor de los terrenos, de modo que corresponde a la Administración tributaria probar su existencia cuando el sujeto pasivo declare que no se ha producido[63]. Esta cuestión, no obstante, puede entenderse resuelta con la Sentencia del TS Sentencia del TS de 13 de febrero de 2019 anteriormente comentada[64].

Sobre la prueba, no se puede dejar de resaltar la importante STS de 10 de septiembre de 2018, que viene a recoger, y completar la doctrina fijada en ante-

59 ATS de 16 de noviembre de 2017 (Rec. de Casación 3107/2017).

60 ATS de 27 de noviembre de 2017 (Rec. de Casación 4924/2017).

61 STS 20 diciembre de 2018 (Rec. de Casación 4980/2017).

62 Sentencia de 21 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Cuenca (Sentencia 366/2010).

63 ATS de 11 de diciembre de 2017 (Rec. de Casación 5113/2017).

64 STS de 13 de febrero de 2019 (Rec. de Casación 4238/2017), que resuelve el recurso de casación admitido por el ATS de 11 de diciembre de 2017 (Rec. de Casación 4238/2017).

riores pronunciamientos de la misma Sala y Sección; por ejemplo, de 20 de abril de 2017, de 24 de junio de 2015 y de 20 de junio de 2012 [65].

El Tribunal Supremo, con mucho sentido común, admite la aportación de documentos y pruebas, también en vía de recurso, administrativo o judicial, aunque no hayan sido hechos valer por el contribuyente durante el procedimiento de aplicación del tributo. No obstante, fija una única excepción: cuando «la actitud del interesado haya de reputarse abusiva o maliciosa y así se constate debida y justificadamente en el expediente». De hecho, el Tribunal considera que dichos «límites expuestos (la buena fe y la proscripción del abuso del derecho) son consecuencia de la aplicación a todo tipo de procedimientos –y a las relaciones entre particulares y de estos con la Administración– del principio general que impone que los derechos se ejerciten «conforme a las exigencias de la buena fe», sin que la ley ampare «el abuso del derecho» (art. 7 del Código Civil).

Ahora bien, en la medida en que tales límites constituyen una excepción al principio general de la plenitud de la cognición a efectos de dispensar debidamente la tutela pretendida, el comportamiento abusivo o malicioso debe constatarse debidamente en los procedimientos correspondientes y aparecer con una intensidad tal que justifique la sanción consistente en dejar de analizar el fondo de la pretensión que se ejercita».

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE ARAGÓN, DESPUÉS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, Y LA EXIGENCIA DE MEDIOS PROBATORIOS REFORZADOS

El TSJ de Aragón, que, en ocasiones, como se ha visto, había acogido la denominada «tesis maximalista», ha comenzado a resolver supuestos relacionados con liquidaciones del IIVTNU de manera diferente, teniendo en cuenta, como es lógico, las Sentencias del TS que se han analizado, y entrando a valorar la prueba aportada por el contribuyente a la hora de demostrar la ausencia de plusvalía.

Así, la STSJ Aragón de 12 de julio de 2017 analiza las pruebas aportadas por el contribuyente para acreditar la existencia de minusvalía, que consistían, no sólo en el valor de las escrituras, sino también en una serie de informes periciales de valoración que ponían de manifiesto la disminución en el valor del

65 STS de 10 de septiembre de 2018 (Rec. de Casación 1246/2017), STS de 20 de abril de 2017 (Rec. de casación para la unificación de doctrina 615/2016), STS de 20 de junio de 2012 (Rec. de casación 3421/2010) y STS de 24 de junio de 2015 (Rec. de casación 1936/2013).

inmueble. Tales pruebas no habían sido tenidas en cuenta en primera instancia, que solamente había atendido a los valores consignados en las escrituras notariales de compra y venta.

El TSJ Aragón afirmó, respecto del valor probatorio de dichas escrituras, que «los simples datos del precio obrantes en las escrituras de compra y venta no es suficiente para poder concluir, ineludiblemente, que se ha producido una disminución del valor del inmueble. En dicho sentido debe recordarse que la escritura pública es un documento público, pero no puede desconocerse que el notario autorizante da fe de las declaraciones que efectúan los intervinientes, pero no de la veracidad de su contenido». Sin embargo, finalmente, estima el recurso porque se aportaron datos de «la evolución del mercado inmobiliario entre los años de compra y venta en los que se comprende un período de grave crisis inmobiliaria con una repercusión indudable, a la baja, en el precio de venta del inmueble, y valoraciones intermedias del inmueble, que confirman la evolución a la baja del valor del mismo»[66].

Recuérdese que el TS, en su Sentencia de 17 de julio de 2018 (Recurso de Casación 5664/2017)[67], había afirmado que los datos consignados en las escrituras, «a menos que fueran simulados», eran suficientes, desde la perspectiva de la *onus probandi*, para desplazar al Ayuntamiento la carga de acreditar en contrario. En este caso, son puestos en tela de juicio por el TSJ de Aragón al considerar que, *per se*, no sirven para acreditar la veracidad de su contenido, de tal suerte que necesita su valoración conjunta con el resto de pruebas aportadas para concluir que el valor declarado en las mismas es válido para acreditar la existencia de una minusvalía.

La STSJ de Aragón de 19 de julio de 2017[68] resuelve un recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la Sentencia de 19 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 4 de Zaragoza que anulaba la liquidación del IIVTNU[69]. Para el Ayuntamiento, los criterios seguidos por el perito no son admisibles, al no utilizar datos comparativos homogéneos y referirse al valor comercial o de venta, que no diferencia el valor del suelo de la construcción, y apoya su tesis en los valores catastrales de los inmuebles afectados.

66 STSJ Aragón de 12 de julio de 2017 (Rec. núm. 108/2016), F.D. cuarto.

67 STS de 17 de julio de 2018 (Rec. de Casación 5664/2017).

68 STSJ Aragón de 19 de julio de 2017 (Rec. núm. 23/2017).

69 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 4 de Zaragoza de 19 de diciembre de 2016 (Procedimiento Ordinario 218/16).

Sin embargo, el TSJ precisa que, «si bien el informe pericial, ante la imposibilidad de partir de inmuebles de idénticas características, utiliza testigos solo similares a los elementos valorados, posteriormente procede a la homogeneización de los datos de mercado obtenidos, teniendo en cuenta la diferencia de características con el inmueble valorado, obteniendo así un valor unitario homogeneizado medio para cada uno de los elementos –viviendas, locales y sótanos-almacén– en las referidas fechas, procediendo a calcular el valor de reemplazamiento neto a ambas fechas y a obtener el valor del suelo»[70], información que es ratificada y ampliada en el acto del juicio.

Por lo que respecta a los valores catastrales, el TSJ de Aragón afirma que: «dicho dato no se estima acredite en el caso concreto la existencia de un incremento de valor, pues no se justifica la correspondencia de dichos valores catastrales con el valor de mercado del suelo en las fechas de compra y venta –la procedencia de acudir al mismo es rechazada expresamente por el perito informante en el acto del juicio–»[71].

Por su parte, la STSJ de Aragón de 31 de enero de 2018 admite, como valor de transmisión del inmueble, el precio de subasta en proceso concursal, ya que «la subasta como forma de liquidación en el proceso concursal es aprobada por el Juzgado de lo Mercantil al ser inviables otros criterios previos consignados por la Administración Concursal en su Plan de Liquidación (ventas directas y ofrecimiento de dación en pago), quien, como consecuencia, constata el bajo valor obtenido en la subasta»[72].

Asimismo, en la Sentencia de 31 de enero de 2018[73], el TSJ de Aragón resuelve sobre un recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Zaragoza, de 23 de junio de 2017[74], que había estimado el recurso interpuesto por una mercantil en liquidación frente a una liquidación del IIVTNU. El Ayuntamiento negaba que el valor de la finca fuera el declarado en las escrituras, y lo comparaba con el valor catastral de los inmuebles. Adicionalmente, el ente público alegó que existía una vinculación en la operación (los socios vendían, a

70 STSJ Aragón de 19 de julio de 2017 (Rec. 23/2017), F.D. cuarto.

71 STSJ Aragón de 19 de julio de 2017 (Rec. 23/2017), F.D. sexto.

72 STSJ Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 146/2017), F.D. cuarto.

73 STSJ Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 159/2017).

74 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza de 23 de junio de 2017 (Procedimiento Ordinario 320/16).

su sociedad, el inmueble) y, por tanto, cabía la posibilidad de que se hubiera hecho constar un precio ficticio por razones fiscales.

El TSJ no entra a discutir el precio de venta, porque va acompañado por un informe pericial razonado, y, respecto del valor catastral, afirma que «[...] no se estima procedente para resolver el tema controvertido acudir, sin más, al valor catastral, pues no se justifica la correspondencia de dichos valores catastrales con el valor de mercado del suelo en las fechas de compra y venta»[75].

Sin embargo, respecto del valor de compra, considera que «no se aporta ninguna valoración distinta del precio declarado en la Escritura [...]. Además, es relevante a la hora de tomar en consideración el referido precio que los vendedores [...] son socios de la compradora»[76]. El Tribunal concluye, a la vista de las circunstancias, que no ha podido justificarse el valor en la fecha de la compra y, por tanto, no se puede acreditar la realidad del decremento de valor alegado.

En otra Sentencia de 31 de enero de 2018[77], el TSJ de Aragón resuelve un recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la Sentencia de 7 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza[78] que anulaba una liquidación del IIVTNU de una mercantil con diligencias penales en curso. En esta ocasión, se cuestionaba también el valor de adquisición del inmueble que originó la supuesta plusvalía, y que era discutido por el Ayuntamiento debido a los problemas judiciales que arrastraba la sociedad.

El TSJ, sin embargo, consideró que «aunque son conocidas las implicaciones penales [...], no justifica la relación de las mismas con el tema aquí controvertido, que es la determinación del cual era el valor inicial del suelo»[79].

Se valoraron, a tal efecto, la prueba documental de un auditor y la prueba pericial sometida a contradicción en el juicio. El TSJ descartó la primera, pero admitió la segunda, manifestando que: «la mera contabilización de un concreto importe, no constituye un valor técnico específico del suelo, pero no puede desconocerse, que de las escrituras aportadas resulta un precio de compra de 5 551 144,06 € y un precio de venta de 3 935 185,20 €, y que el resultado de la prueba pericial, sometida a contradicción en el juicio, y objeto de ampliación,

75 STSJ Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 159/2017), F.D. sexto.

76 STSJ Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 159/2017), F.D. sexto.

77 STSJ de Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 175/2017).

78 Sentencia de 7 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza (procedimiento ordinario 349/16).

79 STSJ de Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 175/2017), F.D. séptimo.

ratifica, con otros resultados, que el caso enjuiciado se ha producido un decremento de valor, habiendo manifestado el perito en sede judicial que, en momentos de recesión, el suelo es el que ha soportado el ajuste, habiendo sido alcista hasta el 2007, e iniciándose una pendiente desde dicha fecha, que en el 2016 y 2017 es más estable», añadiendo que «aunque pueden ser distintos los métodos para posibilitar una comparación de precio entre adquisición y transmisión –así lo reconoce el perito en sede judicial–, no se justifica, en el presente caso, la improcedencia del método indicado»[80].

La misma sociedad fue parte en un proceso que dio lugar a otra STSJ de Aragón de 31 de enero de 2018[81]. En ella, el Ayuntamiento recurrió una Sentencia de 6 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza[82] en la que cuestionaba el valor de transmisión del inmueble a la hora de acreditar la minusvalía.

En esta ocasión, la mercantil aportó un informe de auditoría, acreditando la minoración en la contabilidad de la empresa y en una prueba pericial de parte.

El TSJ de Aragón reitera las apreciaciones respecto de la contabilización de un importe, afirmando que ello «no constituye un valor técnico específico del suelo, y respecto a la contabilidad de gastos [...] resultan correctas las alegaciones realizadas por el Ayuntamiento en el sentido de que la información contable de la entidad incluye costes indebidos a los efectos que nos ocupan de determinación de un valor objetivo del suelo –como son los gastos financieros– y es una contabilidad integrada en su conjunto por importes que dependen de factores muy variables, como la calidad de la gestión –mejor o peor– del promotor que asume la urbanización de los terrenos y el proceso de venta y financiación de las parcelas»[83].

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurrió en el anterior asunto, el TSJ de Aragón no valoró la pericial de parte, afirmando que la peritación es discutible, al partir de criterios generales que «atienden a tipologías estándar o genéricas [...] pero sin tomar en consideración las singularidades del polígono industrial», y «no atiende a la especificidad del valor del suelo»[84].

80 STSJ de Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 175/2017), F.D. séptimo.

81 STSJ de Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 176/2017).

82 Sentencia de 6 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza (procedimiento ordinario 38/2017).

83 STSJ de Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 176/2017), F.D. primero.

84 STSJ de Aragón de 31 de enero de 2018 (Rec. 176/2017), F.D. primero.

Por la singularidad y complejidad del caso, resulta necesario hacer referencia a la STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2018[85] que, de nuevo, resuelve un recurso de apelación instado por el Ayuntamiento de Zaragoza frente a la Sentencia de 21 de julio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza[86].

El valor de adquisición del terreno se hizo, según la mercantil, a través de descuentos en obras contratadas a la empresa, contemplándose aplazamientos en el pago. Por lo que respecta al valor de transmisión, se calculó de acuerdo con el resultado de un contrato marco de refinanciación al que se adhirió la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, SA (SAREB); contrato que fue homologado judicialmente. A tal efecto, se aportó un extracto del informe del Ministerio de Fomento sobre la evolución del precio medio del metro cuadrado en municipios de más de 50.000 habitantes desde 2004 a 2016 por Comunidades Autónomas, y dos tasaciones a efectos hipotecarios de la finca de los dos años anteriores a la transmisión del terreno.

El informe no fue considerado prueba decisiva por el Tribunal ya que «por lo genérico que resulta, aporta poco a la resolución del recurso, más allá de unos simples promedios o tendencias que no atienden suficientemente a la singularidad de la valoración que nos interesa[87]».

Tampoco se aceptaron las tasaciones. A juicio del Tribunal, lo procedente hubiera sido una peritación judicial o de parte, afirmando que «tampoco propone no ya una peritación judicial para establecer con objetividad, dentro del procedimiento, el valor de la parcela en los momentos de adquisición y de venta, o una peritación de parte, sino únicamente dos tasaciones a efectos hipotecarios de la finca fechadas el 4 de junio de 2014 y el 10 de julio de 2015, no coincidentes por tanto con el momento de la transmisión analizada, que tuvo lugar el 23 de diciembre de 2015, no aportando tampoco tasación alguna acerca del valor del inmueble en el momento de la compra, pese a la singularidad del modo en que se concertó la misma»[88].

Por otra parte, en la Sentencia de 14 de febrero de 2018, el TSJ de Aragón resuelve la plusvalía que se puede generar en el marco de una fusión por absor-

85 STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2018 (Rec. 170/2017).

86 Sentencia de 21 de julio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza (procedimiento ordinario 20/2017).

87 STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2018 (Rec. 170/2017), F.D. primero.

88 STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2018 (Rec. 170/2017), F.D. primero.

ción y las fechas y valores de referencia que deben tenerse en cuenta a la hora de calcular el periodo de generación de la plusvalía. En este sentido, precisa el Tribunal que «en las operaciones de fusión por absorción no se produce el devengo del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, desprendiéndose del párrafo segundo, del apdo. 3 transcrito (la Disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), que, si no se devenga el impuesto, como aquí sucedió, en la posterior transmisión de los terrenos el número de años a lo largo de los cuales se ha producido el incremento de valor no se ha interrumpido por la operación de fusión por absorción, de lo que cabe concluir que no es, frente a lo que se pretende, la fecha de la fusión por absorción, sino la previa adquisición por la absorbida, la que deberá ser tomada en consideración a los efectos que aquí interesan, con lo que, como señala la Juez de instancia, se logra un tratamiento neutral para estas operaciones».

A su vez, la STSJ de Aragón de 7 de marzo de 2018[89] vuelve a estimar un recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra una Sentencia de 23 de octubre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza[90], relativa a liquidación girada en concepto de IIVTNU. Se trataba, en esta ocasión, de la transmisión de un terreno con ejecución de obra por parte de una sociedad.

La mercantil había sumado, al valor de compra, el importe de la ejecución de una nave industrial, manifestando que, del importe total resultante, tan sólo un porcentaje del 49 % correspondía al precio de compra del suelo.

La transmisión se efectuó en un procedimiento de ejecución hipotecaria, habiéndose adjudicado por la mitad del importe de tasación a efectos de dicha subasta, y la sociedad aplicó el mismo porcentaje sobre el valor de adjudicación, acreditando, de este modo, la minusvalía.

Sin embargo, el TSJ de Aragón entiende que el valor de transmisión debe ser el de tasación, y no el de adjudicación, afirmando que «como acertadamente opone la parte contraria, la actora omite que en el decreto de 24 de septiembre de 2015 claramente se reseña como importe de tasación a efectos de subasta el de 4 923 145,13 € y que la adjudicación por el 50 % de dicha suma tuvo lugar por el hecho circunstancial de no haber ningún postor en la subasta –art. 671

89 STSJ de Aragón de 7 de marzo de 2018 (Rec. 215/2017).

90 Sentencia de 23 de octubre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza (procedimiento ordinario 190/2017).

LEC–»[91]. Sin embargo, la misma Sala mantuvo, en su Sentencia de 27 de septiembre de 2017, que «cabe rechazar, ab initio, que para determinar el valor del inmueble al tiempo de la transmisión, haya de estar a una valoración ajena a la concreta operación efectuada»[92], y, en este caso concreto, el valor de transmisión fue efectivamente la mitad del importe de la tasación.

La STSJ de Aragón de 27 de septiembre de 2018, resuelve una reclamación relativa a un contribuyente que aportó escritura de compra y de enajenación, reflejando pérdida patrimonial. El Ayuntamiento cuestionaba tales valores poniéndolos en relación con el valor catastral de los inmuebles.

En esta Sentencia, el TSJ afirma que: «Para desvirtuar la realidad del decremento de valor que se resulta del examen de las escrituras aportadas, el Ayuntamiento demandado, además de poner en cuestión los referidos valores, por constituir, según afirma, meras declaraciones de voluntad emitidas por las partes, se remite al informe aportado en el acto del juicio» y añade que «no estima que la referida prueba sea eficaz para desvirtuar el decremento afirmado por la parte recurrente, y que se pone de manifiesto en las escrituras de venta, y no solo por cuanto no se justifica la correspondencia de dichos valores catastrales con el valor de mercado del suelo en las fechas de compra y venta –dichos valores se apartan claramente de los precios declarados de compra y venta, siendo en no pocas ocasiones la discrepancia entre valor catastral y de mercado manifiesta–, sino porque parece sorprendente que pueda sostenerse que entre 2006 y 2017, con la crisis inmobiliaria padecida entre dichas anualidades, y sin que se aporte ninguna circunstancias justificativa de ello, el valor del suelo haya subido una cantidad algo superior al 168 %»[93]. Recuérdese que el TS, en su Sentencia de 17 de julio de 2018 (Recurso de Casación 5664/2017)[94], había afirmado que los datos consignados en las escrituras, «a menos que fueran simulados», eran suficientes, desde la perspectiva de la *onus probandi*, para desplazar al Ayuntamiento la carga de acreditar en contrario, y, en ese caso concreto, a juicio del TSJ de Aragón, ni el informe aportado, ni la referencia al valor catastral, fueron suficientes para negar el valor consignado en tales escrituras.

Como conclusión de cuanto llevamos expuesto, puede afirmarse que el TSJ de Aragón exige, con carácter general, medios probatorios reforzados, en el sentido de que los valores consignados en las escrituras no son considerados sufi-

91 STSJ de Aragón de 7 de marzo de 2018 (Rec. 215/2017), F.D. primero

92 STSJ de Aragón 27 de septiembre 2017 (Rec. de Apelación 174/2016), F.D. quinto.

93 STSJ Aragón de 27 de septiembre de 2018 (Rec. 143/2018).

94 STS de 17 de julio de 2018 (Rec. de Casación 5664/2017).

cientes por sí solos para acreditar la minusvalía, en su caso, y, por ello, a tal efecto, puede resultar conveniente la propuesta de una peritación judicial o de un informe pericial lo suficientemente detallado como para entender que atiende a las características especiales del valor del suelo.

VI. **BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO DE LOS CONTRIBUYENTES A SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DEL IIVTNU PAGADO**

La solicitud de devolución del IIVTNU pagado por los contribuyentes que pueden acreditar la existencia de una minusvalía es la lógica consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de los art. 107.1, 107.2.a) y 110.4 del TRLHL efectuada por la STC 59/2017.

Si el tributo se exigió por el sistema de autoliquidación, se prevé un plazo de 4 años para instar la rectificación de la autoliquidación, de conformidad con lo establecido en el art. 120.3 de la LGT.

Sin embargo, tratándose de liquidaciones administrativas, el plazo para recurrirlas es exclusivamente de un mes, a contar desde el día siguiente de la notificación de la liquidación, ya sea mediante el recurso de reposición previsto en el art. 14 del TRLHL o bien mediante la reclamación económico-administrativa ante los propios órganos económico-administrativos locales en los denominados Municipios de gran población que hayan implantado esta vía.

Por tanto, las posibilidades de solicitar la devolución dependen de circunstancias ajenas a la voluntad del contribuyente, y se trata de una cuestión que está condicionada, exclusivamente, por el modo de gestionar el tributo que haya elegido cada Ayuntamiento. Ello supone que, tratándose de liquidaciones practicadas por los Ayuntamientos, el plazo preclusivo de que disponían los contribuyentes para recurrir dicha liquidación es probable que hubiera transcurrido en el momento de dictarse las Sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, tratándose de autoliquidaciones, el plazo para instar la rectificación, al ser de cuatro años, permite un mayor margen de acción para los contribuyentes afectados. Cabría plantearse en este supuesto si tal diferencia de trato –insistimos, no imputable al contribuyente sino al modo de gestión por el que ha optado el Ayuntamiento–, puede considerarse contraria al principio de igualdad.

Todo ello pasa por entender que la declaración de inconstitucionalidad sólo afectaría a liquidaciones que no fuesen firmes y consentidas o a autoliquidaciones que estuviesen dentro del plazo para instar la rectificación.

Sin embargo, el hecho de que el Tribunal Constitucional no haya delimitado los efectos temporales de su Sentencia, y haya declarado «expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine, los arts. 107.2 y 110.4 LHL», podría llevar a la conclusión de que la declaración de inconstitucionalidad afecta a todas las liquidaciones o autoliquidaciones efectuadas desde la entrada en vigor del TRLHL, es decir, desde el 10 de marzo de 2004 –o, incluso, desde la entrada en vigor de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, pues el TRLHL es un Real Decreto Legislativo cuya función fue la de refundir las normas ya vigentes–. ¿Cuál sería el modo de actuar, en este caso? Moreno Fernández apunta, opinión que se comparte plenamente, que la vía adecuada sería el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho, contemplado en el art. 217 de la LGT. Este precepto, en su apdo. g), permite la declaración de nulidad de los actos dictados en materia tributaria que no hayan sido recurridos cuando así se establezca expresamente en una disposición de rango legal. Y, dado que el art. 39 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, establece que «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados», parece haber base suficiente para poder iniciar este procedimiento especial de revisión para las liquidaciones practicadas por los Ayuntamientos desde el 10 de marzo de 2004[95].

Mayores dificultades plantea la aplicación de este procedimiento tratándose de autoliquidaciones cuya revisión no hubiese sido instada en el plazo de 4 años, establecido en el art. 120.3 de la LGT, ya que el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho está previsto, exclusivamente, para «actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo».

Una posible vía para el contribuyente, en este caso, sería la del procedimiento de devolución de ingresos indebidos, que podrá instarse en los cuatro años siguientes a las Sentencias del TC, al prever el art. 221.3 LGT que procederá la devolución cuando tal derecho se hubiera reconocido en virtud de una resolución judicial, como es el caso de la STC 59/2017.

95 MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: «El impuesto sobre la 'plusvalía municipal' después de las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, ¿es posible la devolución de lo ingresado?», Jornada «Los derechos y garantías del contribuyente ante el Impuesto sobre la 'plusvalía municipal' y la comprobación de valores», Valencia, Universitat de València, 2018.

VII. LOS AYUNTAMIENTOS Y SU OBLIGACIÓN DE PROCEDER A LA DEVOLUCIÓN DEL IIVTNU CUANDO EL CONTRIBUYENTE HA INGRESADO EL IMPUESTO Y, POSTERIORMENTE, SE DEMUESTRE LA INEXISTENCIA DE INCREMENTO DE VALOR

Los Ayuntamientos tienen ante sí un panorama desolador. No pueden exigir el pago del tributo mediante el sistema de autoliquidación, ya que la declaración de inconstitucionalidad del art. 110.4 del TRLHL es absoluta, según ha interpretado el Tribunal Supremo.

En los casos en los que el contribuyente declare la inexistencia de incremento de valor, los Ayuntamientos tendrán la obligación de probar que tal declaración no se corresponde con la realidad, lo que supone la puesta en marcha de una serie de procedimientos de aplicación del tributo que, hasta la fecha, no estaban siendo practicados en los Ayuntamientos –con la consiguiente dotación económica de medios humanos y materiales para ello–. Sin embargo, dichos entes públicos se están viendo obligados a cumplir resoluciones administrativas o Sentencias que les obligan a devolver el impuesto satisfecho por el contribuyente con los correspondientes intereses de demora. Y todo ello tiene su origen en la declaración de inconstitucionalidad de los art. 107.1, 107.2.a) y 110.4 del TRLHL, que, no debe olvidarse, es una norma estatal que ellos se han limitado a aplicar en el ejercicio de la autonomía que tienen constitucionalmente garantizada, ex art. 140 CE, y del principio de suficiencia financiera previsto en el art. 142 del Texto constitucional –si bien es verdad que se trata de un Impuesto de exigencia potestativa (art. 59.2 TRLHL), y que, además, los Ayuntamientos tienen la facultad de fijar el tipo de gravamen, sin que pueda exceder del 30 %, e, incluso, determinadas bonificaciones en la cuota (art. 108 TRLHL)–. Tampoco se ha previsto, hasta la fecha, compensación alguna por parte del Estado a los Ayuntamientos por las cantidades que han tenido y que tendrán que devolver[96].

Mientras tanto, el Legislador no ha ofrecido solución alguna, a diferencia de cuanto ha ocurrido en los territorios forales, donde la respuesta normativa a las Sentencias del TC ha sido, como no podía ser de otra manera, inmediata. Y no debe olvidarse que la STC 59/2917 expresamente dispone que «Una vez expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine, los arts. 107.2 y 110.4 LHL, en los términos señalados, debe indicarse que la forma de determinar la existencia o

96 Tampoco contenía previsión alguna el fallido Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019.

no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador»[97].

Son varios los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de pronunciarse sobre una posible responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por el perjuicio económico que la declaración de inconstitucionalidad ha generado en las arcas municipales.

Se puede afirmar que este problema no es sobrevenido, sino que el Estado podía haber previsto la declaración de inconstitucionalidad de los citados preceptos, o podía haber acometido un reforma legislativa para evitar la prolongación del problema en el tiempo.

En efecto, como afirmó Moreno Fernández, se trata de la crónica de una muerte anunciada[98]. En la propia tramitación parlamentaria de la derogada Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, predecesora del actual TRLHL, ya se había puesto de manifiesto este problema. En este sentido, se presentaron enmiendas al Proyecto alegando que «El incremento real no puede ser otro que el efectivamente producido depurado de cualquier componente monetario cuya naturaleza es puramente ficticia», y que «En un período en que no hubiese diferencias de valor real se gravaría exclusivamente la diferencia ilusoria o ficticia creada por la inflación de precios. Y el gravamen de una riqueza inexistente significa la total violación del principio de capacidad económica»[99].

Adicionalmente, fueron muchos los estudios doctrinales que también pusieron de relieve la dudosa adecuación del IIVTNU a las exigencias de un sistema tributario justo sancionado en el art. 31 de la Constitución; especialmente, en relación con el principio de capacidad económica[100].

97 STC 59/2017, de 11 de mayo, FJ 5.c).

98 MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: «El impuesto sobre la 'plusvalía municipal' después de las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, ¿es posible la devolución de lo ingresado?», Jornada «Los derechos y garantías del contribuyente ante el Impuesto sobre la 'plusvalía municipal' y la comprobación de valores»..., *op. cit.*

99 Se trata de las enmiendas 837, 838 y 839 del Grupo Coalición Popular en el Congreso al proyecto de Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, 16 de septiembre de 1988, Núm. 85-5, pp. 294 y 295).

100 Sin ánimo de exhaustividad, pueden consultarse los trabajos de FALCÓN Y TELLA, R.: «La posible inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», *Revista Técnica Tributaria,* 21 (1993), pp. 16 y ss.; MARTÍNEZ LAGO, M.A.: «Impuestos locales» (cap. XIII), en AA.VV.: *Sistema fiscal español: Impuestos estatales, autonómicos y locales*, Madrid, Iustel, 2016, pp. 459 y ss.; ORÓN MORATAL, G.: «Impuesto

Estas consideraciones previas podrían hacer llegar a la conclusión de que se está ante un supuesto de responsabilidad de los previstos en el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que reconoce el derecho de los particulares «a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Quizás, como hemos reflejado, el hecho de que se trate de un impuesto de exacción voluntaria por parte de los Ayuntamientos, o que tenían margen para haber optado por tipos impositivos más bajos, podría conducir a plantarse que se está ante un supuesto de responsabilidad concurrente de Administraciones Públicas (art. 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

No se trata, en este momento, de analizar el complejo régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, concretamente, de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador[101], pero conviene siquiera dejar apuntada tal posibilidad por tener la misma encaje dentro de su principios reguladores y, sobre todo, por la inexcusable pasividad legislativa en una materia necesitada de una respuesta que no acaba de llegar.

sobre el incremento de valor de terrenos de naturaleza urbana», en AA.VV.: *Los tributos locales,* Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 687 y ss.; o VARONA ALABERN, J.E.: «A vueltas con la inconstitucionalidad del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana», *Quincena Fiscal*, 18 (2010), pp. 65 y ss.

101 Sobre el tema vid. MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Cizur Menor, Thomson / Aranzadi, 2009, y «Del deber constitucional de pagar un tributo a la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 3 (2009), pp. 52 y ss.; PÉREZ BERNABEU, B.: «La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el ámbito tributario», *Quincena fiscal,* 3 (2016); y VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A.: «Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el IVMDH: ¿cabe exigir responsabilidad al legislador foral?», *Nueva fiscalidad*, 4 (2017), pp. 217 y ss.

CRÓNICAS

Tres años de actividad del Consejo de Transparencia de Aragón

Resoluciones destacadas para las entidades locales aragonesas

Ana Isabel Beltrán Gómez

RESUMEN

Este trabajo sistematiza la doctrina del Consejo de Transparencia de Aragón con mayor incidencia en las entidades locales del territorio, cuando se cumplen tres años de su constitución. Ofrece además una sencilla aproximación al órgano y a los datos de actividad en el periodo 2016-2018.

Palabras clave: transparencia, derecho de acceso, información pública, publicidad activa.

ABSTRACT

This article systematizes the doctrine of the Council of Transparency of Aragon with greater incidence in the local entities of the territory, three years since its creation. It also offers a simple approximation to the administrative body and the activity data in the 2016-2018 period.

Key words: transparency, right of access, public information, active advertising.

SUMARIO

I. EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE ARAGÓN. **1**. Una sencilla aproximación al órgano. **2**. Datos de actividad. **3**. Espacio web. **II**. RESOLUCIONES DESTACADAS: **1**. Cuestiones de procedimiento. **2**. Carácter de información

pública. **3**. Causas de inadmisión. **4**. Límites. **5**. Protección de datos. **6**. Clasificación temática. **III**. ACTIVIDAD CONSULTIVA RELEVANTE.

I. EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE ARAGÓN

1. Una sencilla aproximación al órgano

De las diferentes posibilidades que se les abrían a las Comunidades Autónomas tras la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante Ley 19/2013), a saber: crear su propio órgano de promoción y control de la transparencia; suscribir un convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España (en adelante, CTBG); o atribuir a un órgano o institución ya constituida (Consejo Consultivo, Valedor do Pobo...), el legislador aragonés optó por la creación de un órgano colegiado *ex novo*, el Consejo de Transparencia de Aragón (en adelante CTAR), dotado de independencia orgánica y funcional, con competencia sobre casi todos los sujetos obligados por la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (en adelante Ley 8/2015) [1].

La Ley 8/2015 configura así al CTAR como el órgano colegiado que, con independencia orgánica y funcional, tiene encomendada la promoción de la transparencia de la actividad pública en la Comunidad Autónoma, y al que corresponde resolver las reclamaciones que se interpongan contra las resoluciones en materia de acceso a la información pública, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa (art. 37), las denuncias por incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y las quejas sobre transparencia de las Administraciones públicas aragonesas (art. 41).

El Consejo se compone de un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios de las Cortes de Aragón (seis, en la actualidad); un representante del Justicia de Aragón; un miembro del Consejo Consultivo de Aragón; un representante de la Cámara de Cuentas; un representante de las entidades

1 Únicamente no están sometidas a la reclamación potestativa previa ante el CTAR, prevista en el artículo 36 Ley 8/2015, las resoluciones dictadas por las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón, la Cámara de Cuentas, el Consejo Consultivo y el Consejo Económico y Social, frente a las que solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 32.6 Ley 8/2015). Previsión esta que cohonesta con dificultad con la composición del órgano, en la que tienen una amplia representación las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas.

locales; un representante del departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de transparencia; un miembro nombrado por la Universidad de Zaragoza; dos representantes de los agentes sociales, colectivos o asociaciones con mayor representatividad en la Comunidad Autónoma de Aragón; y dos representantes de las organizaciones y asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios legalmente constituidas. El CTAR se constituyó el 31 de mayo de 2016.

Esta composición plural y participativa determina que la condición de miembro no exija dedicación exclusiva (art. 37.5 Ley 8/2015).

Hay que insistir en este punto en el hecho de que el Pleno del CTAR está constituido en la actualidad por dieciséis miembros, más la Secretaria, pero no existe una estructura administrativa propia, a diferencia de otros comisionados de transparencia autonómicos, ni más medios personales adscritos. A la Secretaria (que en la actualidad es la Jefe del Servicio de Transparencia del Gobierno de Aragón) le corresponde el apoyo administrativo y asistencia técnica al Pleno y resto de órganos.

Y ello para desarrollar funciones muy amplias, como se recogen en los arts. 37.3 y 41 de la Ley 8/2015, y 5 del Decreto 32/2016, de 22 de marzo, por el que se aprueba su Reglamento de Organización y de Funcionamiento:

a) Conocer de las reclamaciones que se presenten contra las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información.

b) Formular resoluciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones de transparencia.

c) Informar preceptivamente proyectos normativos que desarrollen la ley en materia de transparencia o estén relacionados con esta materia.

d) Evaluar el grado de aplicación y cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia.

e) Promover actividades de formación y sensibilización, así como actividades de investigación, análisis y evaluación.

f) Colaborar con órganos de naturaleza análoga.

g) Tomar conocimiento del informe anual contemplado en el art. 38 de la LTPA, que elabora el departamento competente en materia de transparencia.

h) Ejercer la función de control sobre las Administraciones públicas aragonesas a que se refiere el art. 41 de la Ley 8/2015.

i) Aquellas otras que le atribuyan otras disposiciones de rango legal o reglamentario.

Entre estas obligaciones destacan especialmente, por la carga de trabajo que suponen, además de la resolución de reclamaciones en la materia (tanto de resoluciones, expresas o presuntas, en materia de acceso a la información como frente a incumplimientos en materia de publicidad activa), la de evaluación del grado de aplicación y cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia de todos los entes sometidos.

El art. 2 del Decreto 32/2016, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y de Funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón, determina la adscripción del Consejo al Departamento competente en materia de transparencia y expresamente señala que será este el que ponga a su disposición los medios personales, técnicos y materiales para el ejercicio de sus funciones (a «medios y recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones» se refiere también el art. 37.2 de la Ley 8/2015).

Pese a estas previsiones, la Disposición adicional cuarta del Decreto 32/2016 establece expresamente: «La creación y puesta en funcionamiento del Consejo de Transparencia de Aragón no podrá suponer incremento de dotaciones, retribuciones u otros gastos de personal ni, por otros conceptos, incremento neto de estructura o de personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón».

Y en la misma línea de contención del gasto, el art. 15.2 del Decreto señala que la participación en el Consejo no conllevará retribución alguna (únicamente aquellos miembros del Pleno del Consejo que deban desplazarse desde su localidad de residencia para acudir a las reuniones convocadas, serán indemnizados por los gastos que ello les ocasione, con arreglo a las cuantías establecidas por tal concepto para los funcionarios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón). Esta circunstancia debería ser objeto de reconsideración, pues como afirma JIMENEZ ASENSIO: «no es fácil que nadie se dedique «por afición» a controlar efectivamente al poder. Al menos, no dispondrá de tiempo ni recursos»[2].

No contar con miembros en dedicación exclusiva, ni con una estructura administrativa mínima, no poder retribuir la elaboración de ponencias, y no poder incrementar la estructura de personal del Departamento al que está adscrito, ha determinado que desde su constitución hasta el momento en que se redacta este trabajo, y pese al intenso trabajo desarrollado, el CTAR no haya conseguido

2 JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Instituciones de garantía de la transparencia», *La Mirada Institucional* en https://rafaeljimenezasensio.com/category/transparencia-2/ [última visita: 4 de octubre 2018]

resolver las reclamaciones presentadas en el plazo legal de tres meses previsto en la norma.

2. Datos de actividad

Por dar algunos sencillos datos de actividad, señalar que las reclamaciones presentadas ante el Consejo de Transparencia de Aragón hasta el 31 de diciembre de 2018 han sido 138. De ellas, cinco se presentaron antes de la constitución del órgano. Se han solicitado, además, tres Informes. En dos ocasiones se ha planteado recurso contencioso-administrativo frente a las resoluciones del CTAR.

Las tres primeras Resoluciones a reclamaciones se adoptaron el 12 de septiembre de 2016.

Hasta el 31 de diciembre de 2018 se han celebrado 18 reuniones del CTAR (además de la constitutiva), se han resuelto 107 reclamaciones (3 en 2016, 36 en 2017 y 68 en 2018) y se han emitido dos Informes.

Los cuadros que se incluyen a continuación muestran el número de reclamaciones totales interpuestas ante el CTAR de 2015 a 2018, distribuidas en función de su carácter (derecho de acceso o publicidad activa), con cifras que casi se multiplican por dos cada año (señalar, por ejemplo, que entre 2017 y 2018 las reclamaciones se han incrementado un 57%).

Se ofrece también un detalle cuantitativo específico sobre las reclamaciones frente a actuaciones de las entidades locales aragonesas, incluyendo el desglose por sujeto afectado.

Los siguientes tres cuadros muestran la comparativa entre los datos globales y los específicos de entidades locales por estado de tramitación, por sentido de la resolución y por estado de ejecución. Se incluye también el dato de cuántas de estas resoluciones han dado origen a un recurso contencioso-administrativo.

Reclamaciones totales CTAR según objeto

	DERECHO DE ACCESO	PUBLICIDAD ACTIVA	DERECHO DE ACCESO / PUBLICIDAD ACTIVA
2015	2	0	0
2016	22	0	1
2017	40	3	1
2018	65	3	1
TOTAL	**129**	**6**	**3**

Reclamaciones CTAR entidades locales por sujeto afectado

	AYUNTAMIENTOS	DIPUTACIONES PROVINCIALES	COMARCAS	OTROS
2015	0	0	0	0
2016	5	2	1	1
2017	11	2	0	1
2018	16	1	1	2
TOTAL	**32**	**5**	**2**	**4**

Reclamaciones CTAR según estado de tramitación

	DATOS GLOBALES			ENTIDADES LOCALES		
	RECLAMACIONES PRESENTADAS	PENDIENTES	RESUELTAS	RECLAMACIONES PRESENTADAS	PENDIENTES	RESUELTAS
2015	2	0	2	0	0	0
2016	23	0	23	9	0	8
2017	44	0	44	14	0	14
2018	69	31	38	20	9	12
TOTAL	**138**	**31**	**107**	**43**	**9**	**34**

Reclamaciones resueltas CTAR (sentido de la resolución)

	DATOS GLOBALES					ENTIDADES LOCALES				
	2015	2016	2017	2018	TOTAL	2015	2016	2017	2018	TOTAL
Estimadas	1	15	17	19	**52**	0	8	7	5	**20**
Desestimadas	1	4	9	6	**20**	0	0	1	4	**5**
Inadmitidas	0	2	5	9	**16**	0	1	1	2	**4**
Archivadas	0	1	4	0	**5**	0	0	2	0	**2**
Pérdida del objeto	0	1	8	4	**13**	0	0	2	1	**3**
Desistimiento	0	0	1	0	**1**	0	0	0	0	**0**

Reclamaciones resueltas CTAR (estado de ejecución)

	DATOS GLOBALES			ENTIDADES LOCALES		
	EJECUTADAS	PARCIALMENTE EJECUTADAS	INCUMPLIDAS	EJECUTADAS	PARCIALMENTE EJECUTADAS	INCUMPLIDAS
2015	1	0	0	0	0	0
2016	12	0	3	5	0	3
2017	13	0	4	11	0	3
2018	11	1	2	9	1	2
TOTAL	**37**	**1**	**9**	**25**	**1**	**8**

Recursos contencioso-administrativos

	DATOS GLOBALES	ENTIDADES LOCALES
	PENDIENTES DE RESOLUCIÓN	PENDIENTES DE RESOLUCIÓN
Núm. de recursos	1	0
TOTAL	**1**	**0**

3. Espacio web

Pese a la escasez de medios, hay que destacar que desde el día 7 de junio de 2016 el Consejo cuenta con su propio espacio web dentro del Portal de Transparencia del Gobierno de Aragón, con toda la información relevante para garantizar su conocimiento por la ciudadanía, incluida una dirección de correo electrónico. Todas las Resoluciones e Informes están disponibles en el espacio web del Consejo, previa disociación de los datos de carácter personal, con una herramienta que permite buscar las Resoluciones atendiendo a varios campos (sujeto afectado, motivo de la reclamación, sentido, temática, etc.).

La información está accesible desde https://transparencia.aragon.es/CTAR

II. RESOLUCIONES DESTACADAS

De las más de cien resoluciones adoptadas hasta la fecha, van a reseñarse dieciocho de ellas, bien por abordar cuestiones novedosas o controvertidas en materia

de derecho de acceso, bien por contener un criterio derivado de las singularidades de la normativa de transparencia aplicable en Aragón.

Se reseñan aquellas resoluciones más destacadas para las entidades locales aragonesas, lo que no implica necesariamente que el destinatario sea una de ellas, pues los criterios sentados en reclamaciones planteadas frente al Gobierno de Aragón, la Universidad de Zaragoza etc. pueden contener doctrina perfectamente trasladable a las entidades locales. Las resoluciones se clasifican atendiendo a dos criterios, uno sustantivo y otro material.

1. Cuestiones de procedimiento

Resolución 6/2017, de 27 de marzo, que resuelve la reclamación presentada por una concejal del Ayuntamiento de Villamayor de Gállego, frente a la Resolución del Ayuntamiento por la que se concede acceso parcial a la información pública solicitada

Se solicitan copias de los expedientes del contrato de obras de acondicionamiento del gimnasio municipal y de su equipamiento y del acondicionamiento de la cafetería de las piscinas municipales.

Se trata de la primera vez que se suscita una controversia en la que un concejal acude al CTAR, por lo que se hacen unas consideraciones en cuanto al ejercicio del derecho de acceso por parte de los cargos electos locales, con distintos pronunciamientos de los Comisionados de Transparencia sobre la cuestión, con planteamientos y posiciones no siempre coincidentes.

Hay que recordar que existen dos vías en virtud de las cuales los cargos representativos locales pueden ejercer el derecho de acceso a la información de su respectiva entidad local. Por un lado, pueden acudir por la vía prevista en la legislación local estatal y autonómica. Establece en este sentido, la Ley 19/2013 en su DA 1ª que «se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información». Por otra parte, la vía de acceso contemplada por la Ley 19/2013, por medio de la cual los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan.

La posición que defienden el CTBG, así como el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, o el de Castilla y León, es que una vez que el órgano representativo local haya optado por uno de los dos bloques normativos, esta elección será vinculante y en lo sucesivo se deberá aplicar en su integridad dicho grupo normativo. Entendiendo que en la legislación de régimen local, el derecho al acceso a la información se regula como integrante del derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo y en la legislación

de transparencia responde a finalidad diferente al dirigirse a los ciudadanos en general para que puedan juzgar mejor la capacidad de sus responsables políticos, tratándose de un derecho ajeno a la función de control político que corresponde a los concejales.

Aplicando esta doctrina, estos Comisionados optan por inadmitir aquellas reclamaciones formuladas por los cargos públicos representativos locales cuando la petición de información que está en el origen de la misma la presentan en su condición de cargo público representativo y con base en la normativa reguladora del régimen local. Sin embargo, admiten y resuelven, aquellas reclamaciones en las que la solicitud de acceso se presenta al amparo de la normativa de transparencia. Esto supone que en muchos casos, el cargo representativo local vuelve a presentar la solicitud de acceso al amparo de la normativa de transparencia y acuden nuevamente a la reclamación prevista en la normativa de transparencia obteniendo una resolución sobre el fondo de su petición.

Por su parte, los Comisionados de Cataluña (GAIP) y Galicia (Valedora do Pobo) entienden que partiendo de la existencia de las dos vías en virtud de las cuales los cargos representativos locales pueden ejercer el derecho de acceso a la información de su respectiva entidad local, la Ley 19/2013 ofrece una regulación no prevista en el régimen local que mejora y completa un régimen de garantías del derecho de acceso a la información. Precisamente por esta razón, el de los electos locales es un régimen especial de acceso a la información reforzado, al que le son de aplicación supletoria las mejoras en el régimen de acceso a información pública. En definitiva, la garantía del derecho de acceso proporcionada por la reclamación ante el Consejo de Transparencia es aplicable en defensa del derecho de los cargos públicos representativos locales a obtener información de su propia entidad, con la condición de que para la resolución de estas reclamaciones se debe aplicar preferentemente el derecho a la información regulado en la normativa de régimen local aplicable, especialmente si es más favorable al acceso, y sólo supletoriamente las disposiciones de la normativa reguladora de la transparencia.

A la vista de las diversas posturas, y con el máximo respeto a los criterios de los diferentes comisionados, el CTAR por razones de carácter pragmático, comparte la postura de que la competencia para conocer de una reclamación no puede quedar condicionada por la cuestión formal del bloque normativo alegado en la solicitud, pues afecta al principio de seguridad jurídica.

Por todo ello, se admite a trámite la reclamación y se concede acceso parcial a la información solicitada, ya que la publicación de todos los contratos constituye una obligación de publicidad activa que debe realizarse de oficio por la entidad local, lo que no excluye que cualquier persona pueda solicitar el acceso a esa

información con un mayor grado de concreción. En este último caso, la entidad local puede remitir al solicitante a la URL en la que se encuentre la información requerida, o proporcionarle copia de la información contractual de que se trate.

En ambos casos, la documentación a la que se tuvo acceso es insuficiente y no responde a lo requerido, pues el expediente íntegro de un contrato menor de obras se compone de los documentos exigidos en el art. 111 TRLCSP y 4.2 Ley 3/2011 (concurrencia ofertas).

Ni por el objeto específico de la petición –expedientes íntegros de dos concretos contratos menores–, ni por el volumen de la documentación integrante, puede deducirse que la obtención de copias de los expedientes de contratación altere el normal funcionamiento de la organización municipal, ni que se colapsen los servicios administrativos municipales. El CTAR concluye que no concurre el carácter abusivo en la solicitud.

Entiende también que a la luz de la normativa de transparencia debe entenderse superada la previsión del ROF respecto a la imposibilidad de entregar copias, salvo en supuestos excepcionales.

El CTAR estima la reclamación.

Resolución 23/2017, de 18 de septiembre, que resuelve la reclamación presentada frente a las actuaciones del Tribunal Calificador para el ingreso en el Cuerpo Ejecutivo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, Administrativos

La documentación que se requiere se refiere a criterios de valoración, exámenes de otros opositores y diversa documentación derivada de un proceso de selección.

El CTAR considera que si la solicitud se produce cuando el procedimiento no ha finalizado, es de aplicación la normativa que rija este y no la normativa en materia de transparencia, sin que ello suponga que no sea posible plantear una reclamación ante el CTAR. Teniendo en cuenta que las solicitudes de información fueron presentadas cuando el proceso selectivo no había finalizado, se analizan las posibles interpretaciones de la DA 1ª de la Ley 19/2013, concretamente respecto al régimen que ha de aplicarse a los procedimientos «en curso» y la posibilidad de admitir reclamaciones de quienes tienen la condición de interesado.

Se distinguen dos posicionamientos:

1º) Interpretación estricta de la DA 1ª, su remisión a la normativa reguladora del procedimiento administrativo, implica que no es de aplicación en estos casos la garantía pre-contenciosa de la Ley 19/2013, y deben por tanto inadmitirse las reclamaciones formuladas por quienes tienen la condi-

ción de interesado cuando el procedimiento no ha finalizado. Es la posición mantenida por el CTBG, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía o el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias.

2º) El reenvío de la D.A. 1ª de la Ley 19/2013 a la legislación de procedimiento no afecta a las peticiones de acceso a la información pública por parte de terceros, por lo que quienes no tienen la condición de interesado pueden reclamar respecto a la denegación de una solicitud de información relativa a un procedimiento en curso, negando esta posibilidad a quienes son considerados interesados. Ello supone colocar en peor posición al interesado a pesar de gozar de un derecho de acceso reforzado por su derecho a la defensa, por lo que se rechaza esta interpretación estricta y se admiten las reclamaciones presentadas por quienes tienen la condición de interesado. Esta posición es mantenida por la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, la Comisión de Transparencia de Castilla y León, el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana.

Ni la Ley de transparencia autonómica ni la Ley básica estatal exigen ya, a diferencia del anterior art. 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que el procedimiento administrativo en cuestión haya finalizado para que los ciudadanos puedan pedir acceder a los documentos que lo integran. Los documentos de procedimientos en curso constituyen información pública a los efectos de la normativa de transparencia y son, por tanto, susceptibles de ser consultados en ejercicio del derecho general de acceso reconocido por estas leyes. La Exposición de motivos de la Ley 19/2013 lo confirma cuando señala, en su apdo. II, que una de las deficiencias de la regulación precedente del derecho de acceso que pretende superar es, precisamente, que este derecho estuviera «limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados». Este acceso debe entenderse, naturalmente, sin perjuicio de los límites que puedan justificar denegar o restringir el acceso, y que algunos de estos límites pueden adquirir una especial relevancia cuando el procedimiento aún no haya finalizado.

Se estima la reclamación.

Resolución 5/2018, de 5 de febrero, por la que se resuelve la reclamación presentada frente a las actuaciones del Ayuntamiento de Nonaspe (Zaragoza) respecto al acceso a la información pública solicitada

Las solicitudes de información a las que se refiere la reclamación fueron presentadas únicamente por uno de los reclamantes. Sin embargo, la reclama-

ción se presenta por tres concejales del Ayuntamiento, de los cuales dos de ellos, –si bien pertenecen al mismo grupo político que el reclamante–, no formularon ninguna de las solicitudes de información que son objeto de reclamación.

La reclamación ante el CTAR está prevista como medio de impugnación, frente a aquellas resoluciones que deniegan o inadmiten una solicitud de información previamente formulada o que la resuelven por silencio, es decir, no podría reconocerse legitimación para presentar una reclamación a quien en su día no formuló dicha solicitud, salvo que –como aclaró el CTBG en la Resolución de 2 de diciembre de 2016 (T0159/2016)– sus derechos pudieran verse afectados. La reclamación ante el CTAR se configura como un medio impugnatorio, es decir, reaccional ante la imposibilidad de acceder a una información, por lo que, en principio, no tendría sentido admitir la reclamación respecto a una solicitud de información por quien no ha solicitado esa información.

No obstante, la reclamación ha sido presentada por varios concejales del mismo grupo político, basándose en el derecho de acceso a la información que ampara a los cargos electos locales en el ejercicio de su cargo. Es evidente que las solicitudes iniciales fueron realizadas por uno de los concejales como miembro y en interés de su grupo político, sin que nada impida considerar que estas se realizan en su doble condición, como concejal y representante del grupo al que pertenece. Por tanto, es posible admitir que la reclamación pueda ser presentada, además de por el solicitante inicial, por otros concejales del mismo grupo político, al entender que todos ellos actúan en beneficio de este. Esta posición se fundamenta en lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley 19/2013, que establece que el derecho de acceso a la información «solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad». En este sentido, es relevante la fundamentación recogida en la Sentencia 41/2017, de 6 de abril, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 de Madrid, para justificar la admisión de una reclamación presentada en nombre de una entidad, cuando la solicitud fue realizada por persona física diferente. En esta se concluye:

> El acceso a la información pueden interesarlo todas las personas, resultando por ello secundario, por irrelevante, acreditar o determinar si actúa por cuenta propia, o también en nombre de Access Info Europe.

Debe recordarse que el derecho de acceso a la información se configura con carácter muy amplio, que puede ser ejercicio por cualquier persona, sin necesidad de motivación. Por ello, y atendiendo al contexto en el que se realizan las solicitudes de información, así como la reclamación, debe admitirse que la solicitud pueda presentarse por varios de los miembros del grupo político.

2. Carácter de información pública

Resolución 13/2017, de 2 de mayo, que resuelve la reclamación presentada frente a la falta de resolución por el Ayuntamiento de Zaragoza del acceso a la información pública solicitada

Una concreta Sentencia que consta en poder del Ayuntamiento, aunque no sea quien haya emitido el documento, es información pública.

La copia de las Sentencias desfavorables «*en cuestiones similares a la planteada*» hubiera requerido una mayor concreción porque la expresión no es unívoca. Debió solicitarse concreción ex art. 29.e) Ley 8/2015.

En cuanto a las actuaciones de ejecución de sentencias en cuestiones similares, también habría que haber solicitado concreción, pero en todo caso procede proporcionar las actuaciones realizadas en ejecución de la Sentencia concreta requerida.

Se estima parcialmente la reclamación.

Resolución 18/2017, de 27 de julio, que resuelve la reclamación frente a la falta de resolución por el Ayuntamiento de Benasque del acceso a la información solicitada.

La documentación que se requiere se refiere a las actuaciones realizadas por el Ayuntamiento de Benasque que permitieron la ampliación de la superficie de una parcela en la que se va a construir un hotel y a la normativa que ampara una edificabilidad diferente a la prevista en el PEPRI de Benasque.

La normativa que rige el urbanismo ya establecía un régimen de acceso a la información con anterioridad a la aprobación de la Ley 19/2013. La normativa de urbanismo reconoce tanto el derecho de acceso a la información urbanística como el derecho al ejercicio de la acción pública.

> El urbanismo es un ámbito donde las limitaciones en el acceso a la información tienen que ser muy restrictivas. Y eso, cuando menos, porque la legislación prevé una acción pública que legitima a cualquier persona a exigir ante la Administración o los órganos judiciales la observancia de la legislación urbanística y de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística (art. 12 del Decreto Legislativo

1/2010, de 3 de agosto, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo, en adelante TRLU.

Esta legitimación universal a cualquier persona, sin requerir de un interés personal o legítimo (art. 19.1.h de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa) se fundamenta precisamente en la consideración de que el interés general amparado por la acción es el orden urbanístico.

Se estima la reclamación.

Resolución 22/2017, de 18 de septiembre, que resuelve la reclamación presentada frente a la falta de resolución de la Comarca de las Cuencas Mineras, respecto a la solicitud de información

La documentación que se requiere se refiere a la relación de dietas y kilometrajes devengados por todos los consejeros de la Comarca de las Cuencas Mineras desde su constitución en esta legislatura (julio 2015) hasta el mes de junio de 2016 inclusive. Además el reclamante plantea una denuncia de publicidad activa pidiendo que se inste a la Comarca a la publicación en el Portal de Transparencia de las retribuciones percibidas por los cargos públicos y de designación política.

El reclamante es miembro del Consejo Comarcal de las Cuencas Mineras.

La Comarca de las Cuencas Mineras tiene la consideración de Administración Local sujeta a obligaciones de publicidad activa. El art. 13.1.f) de la Ley 8/2015 establece, entre las obligaciones de publicidad activa en materia de transparencia política exigidas a los sujetos del art. 4 –entre ellas la entidades de la Administración Local– las relativas a las «Retribuciones de cualquier naturaleza percibidas anualmente por el ejercicio de cargos públicos, incluidas cualesquiera dietas e indemnizaciones, con indicación expresa de los diferentes conceptos retributivos y el importe de los gastos de representación de los que haya hecho uso».

Se rechazan las alegaciones de la Comarca de las Cuencas Mineras relativas a que existen controles previos en relación con las retribuciones de los Consejeros Comarcales y se recuerda que las obligaciones de publicidad activa no impiden el ejercicio del derecho de acceso de cualquier ciudadano. En conclusión, se estima la reclamación planteada.

Se dan quince días hábiles a la Comarca de las Cuencas Mineras para entregar lo solicitado y se le requiere a que proceda, en el plazo de un mes, a publicar en su sede electrónica la información relativa a las retribuciones de cualquier naturaleza percibidas por los Consejeros Comarcales.

Resolución 23/2017, de 18 de septiembre, que resuelve la reclamación presentada frente a las actuaciones del Tribunal Calificador para el ingreso en el Cuerpo Ejecutivo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, Administrativos, respecto a la solicitud de información.

Respecto a la información relativa a los criterios de valoración utilizados por el Tribunal, aunque en su informe se afirma que «no existe un documento o plantilla que resuelva el examen como si se tratara de un cuestionario tipo test», los criterios relativos a los contenidos mínimos exigidos en el segundo ejercicio se encuentran recogidos en las actas, tal como admite el Tribunal, por lo que constituyen información pública y deben proporcionarse al reclamante.

Respecto a la solicitud de los exámenes correspondientes al segundo ejercicio, con el respectivo desglose de la puntuación obtenida por otros opositores, se rechaza la posición del Tribunal, esta cuestión ha sido ya tratada por la jurisprudencia y existen diversos pronunciamientos de los Comisionados de Transparencia.

Se hace referencia expresamente a la Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 2005 (recurso núm. 68/2002) que establece que es irrefutable que los participantes en un proceso selectivo son titulares de un interés directo y legítimo en lo relativo al acceso a los ejercicios realizados por otros participantes y concluye que el recurrente tiene derecho a acceder a los documentos que ha solicitado.

Se hace referencia a la posición del CTBG (entre otras, Resolución 381/2016) y de la AEPD que concluyen que la Administración debe proporcionar a los interesados, solicitantes del acceso, aquella información relevante del proceso selectivo que les permita comprobar la imparcialidad del procedimiento en el que concurren, incluidos los datos de carácter personal de terceros también participantes en el mismo proceso selectivo con los que los solicitantes compiten por las mismas plazas.

No es exigible el consentimiento de aquellas personas que participen en un procedimiento de concurrencia competitiva, ni para el tratamiento de las calificaciones obtenidas en dicho procedimiento, ni para la entrega de copia de sus exámenes aprobados, y ello como garantía y exigencia de los demás participantes para asegurar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren.

En conclusión, en un procedimiento de concurrencia competitiva un opositor tiene derecho a obtener copia del examen de otro opositor participante en el mismo proceso selectivo, tratándose de un examen aprobado y procede estimar la reclamación planteada.

Resolución 36/2017, de 18 de diciembre, por la que se resuelve la reclamación presentada frente a las actuaciones del Ayuntamiento de Villamayor de Gállego (Zaragoza).

La documentación requerida se refiere a:

a) Copia de un expediente completo de urbanización.

El Ayuntamiento inadmite la solicitud relativa a esta información, al considerarla reiterativa (causa de inadmisión del art. 18.e) de la Ley 19/2013), ya que en agosto de 2016 dio acceso a este expediente de forma presencial. Sin embargo, se rechaza la concurrencia de esta causa, que debe interpretarse conforme al Criterio Interpretativo (CI/003/2016) de 14 de julio, del CTBG. Se concluye que a tenor de los supuestos que establece el citado Criterio, el acceso de forma presencial a la misma información que ahora se solicita no implica que esta pueda considerarse repetitiva. Asimismo, no se motiva la forma presencial de acceso, a pesar de que la reclamante solicitó copia del expediente.

Se alude igualmente a la falta de concreción de la petición vinculándose a la extensión del expediente. Se rechaza este argumento y se recuerda el pronunciamiento realizado por CTBG en su Resolución 0146/2016, de 4 de julio: la solicitud de documentos de forma individualizada que se contenía en la Ley 30/1992 ha sido modificada por la Ley 19/2013, que no contiene una mención similar a la antes indicada, por tanto debe exigirse una «mínima concreción».

Se estima la reclamación respecto a esta información.

b) Copia del expediente completo tramitado para la adopción de los acuerdos de reconocimiento o autorización de compatibilidad de tres concretos empleados públicos municipales.

La Ley 8/2015, en el art. 12.3, prevé respecto a la información institucional y organizativa la obligatoriedad de las Administraciones aragonesas, la obligación de publicar: «d) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos y las empleadas públicas».

La información solicitada relativa a la compatibilidad de los empleados públicos del Ayuntamiento de Villamayor de Gállego, debe publicarse en su sede electrónica.

No obstante, la obligatoriedad de publicar determinada información de la actividad de los sujetos obligados no impide en ningún caso que esta pueda ser objeto de una solicitud de derecho de acceso.

Se incluyen además algunos pronunciamientos de los Comisionados de Transparencia respecto a este tipo de información y se destaca la Resolución R/0075/2016 del CTBG, que establece que debe publicarse la identidad de los funcionarios públicos que compatibilizan su actividad pública con otra privada.

Se estima la reclamación respecto a esta información.

c) Certificación de la totalidad de las retribuciones percibidas por los titulares de tres puestos de trabajo, en concepto de complemento de productividad, gratificaciones por servicios extraordinarios e indemnizaciones por razón de servicio, o conceptos análogos equiparables en caso de personal laboral.

Se distingue entre conceptos retributivos vinculados a cada uno de los puestos descritos en la Relación de Puestos de Trabajo, que serán en todo caso publicados en los términos del art. 12 de la Ley 8/2015, y otros conceptos, complemento de productividad y gratificaciones extraordinarias, que se encuentran vinculados a cada una de las personas que ocupa un determinado puesto.

La Ley 8/2015 en relación con las retribuciones de los empleados públicos prevé en el art. 12.2.a) la obligación de publicar «Las relaciones actualizadas de puestos de trabajo, catálogos de puestos o documento equivalente referidos a todo tipo de personal con indicación de sus retribuciones anuales, desglosando los diferentes complementos, en su caso, y la retribución total».

La información relativa al complemento de productividad y a las gratificaciones extraordinarias percibidas por quienes desempeñan los puestos de Secretaria, Intervención y Técnico de Administración General, se vincula a personas determinadas, por lo que se analiza la aplicación del límite relativo a la protección de datos de carácter personal establecido en el art. 15 de la Ley 19/2013.

La petición de información se refería a cargos concretos que forman parte de la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Villamayor de Gállego, pero la vinculación entre los puestos y las personas físicas que los ocupan puede realizarse fácilmente, sin que la anonimización de los datos identificativos garantice la adecuada protección de los datos personales de los empleados públicos en cuestión.

Criterio similar puede adoptarse respecto a las indemnizaciones por razón de servicio.

Se desestima la reclamación respecto a estas informaciones.

d) Copia de los encargos profesionales o contrataciones adjudicadas a determinadas empresas y a una empleada pública, y copia de las facturas o documentos equivalentes emitidos por el concepto de defensa jurídica del Ayuntamiento en procedimientos judiciales, y que tengan por destinatario al Ayuntamiento, así como las correspondientes órdenes de transferencia, en los últimos cuatro años.

Tanto la Ley 19/2013 como la Ley 8/2015 prevén un régimen de publicidad activa respecto a los contratos.

Debe reconocerse el derecho de acceso a la información solicitada, que se refiere a los contratos adjudicados a una empresa concreta o, en su caso, a los profesionales citados.

En cuanto a la información relativa a las facturas y transferencias, se considera información pública en los términos del art. 13 de la Ley 19/2013 y el 3 h) de la Ley 8/2015

Se estima la reclamación respecto a esta información.

Resolución 20/2018, de 16 de abril, que resuelve la reclamación presentada frente a la falta de resolución por el Ayuntamiento de Carenas, del acceso a la información pública solicitada

La información solicitada se refiere a distintas autorizaciones municipales y seguros de responsabilidad civil contratados.

Se recuerdan las competencias del Consejo de Transparencia de Aragón y la imposibilidad de anular la Ordenanza fiscal de tasas por acceso a la información pública.

Se analiza el principio de gratuidad contenido tanto en la Ley 19/2013 como en la Ley 8/2015. En concreto, el art. 2.s) de la Ley 8/2015, prevé entre los principios que deben atenderse para la implantación del gobierno abierto, el principio de gratuidad en cuya virtud el acceso a la información y las solicitudes de acceso serán gratuitos, sin perjuicio de las exacciones que puedan establecerse por la expedición de copias o soportes. Por su parte, el art. 33.3 de la Ley 8/2015 establece como regla general que el acceso a la información será gratuito, sin perjuicio de que, en determinados casos, cuando deban expedirse copias o la información deba trasladarse a otros formatos, pueda exigirse el pago de una tasa.

Las tasas exigidas por el Ayuntamiento de Carenas se refieren a tres conceptos: informe de acceso a la información, desarchivo de expediente y copias. De ellos, sólo la tasa referida a las copias se ajusta al principio de gratuidad establecido en las normas de transparencia. En lo que respecta a la tasa referida al informe de derecho de acceso, no se ajusta a la información solicitada, ya que

se trata de información que obra en poder del Ayuntamiento derivada del ejercicio de sus competencias. Tampoco se ajusta al principio de gratuidad, ya que no responde a ni a la expedición de copias, ni al traslado de la información a un soporte diferente de aquel en que obra la información.

Tampoco se adecua al principio de gratuidad la exigencia de una tasa en concepto de «desarchivo de expedientes». Las normas de transparencia, tanto la Ley 19/2013 como la Ley 8/2015 han venido a imponer nuevas obligaciones a las Administraciones Públicas, entre las que se encuentran las Administraciones Locales, lo que conlleva la realización de actividades por parte de los empleados públicos que se encuentran vinculadas a estas nuevas obligaciones. En lo que respecta al derecho de acceso, la búsqueda y extracción de la información solicitada. Estas tareas, a partir de la entrada en vigor de las normas de transparencia, se insertan en el funcionamiento normal de las Administraciones Públicas, salvo en aquellos supuestos en que concurra alguna de las causas de inadmisión expresamente previstas. En consecuencia, la exigencia de una tasa por la extracción de una información o documento no solamente es contraria al principio de gratuidad, sino que se opone a las finalidades de estas normas.

En lo que respecta a la información solicitada, autorizaciones otorgadas para la celebración de varias actividades en el municipio, así como los seguros de responsabilidad exigidos a los organizadores, se considera información pública, sin que el Ayuntamiento haya indicado la concurrencia de límite alguno.

En conclusión, se estima la reclamación planteada.

Resolución 38/2018, de 23 de julio, que resuelve la reclamación presentada frente al incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa por el Ayuntamiento de Terrer

La reclamación se refiere al incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa relativas a la grabación y retransmisión de los Plenos municipales.

Se admite la reclamación presentada por un cargo electo, siguiendo la doctrina ya sentada por el CTAR.

Las grabaciones de los Plenos municipales tienen la consideración de información pública. Se hace referencia a las obligaciones de publicidad activa en materia de transparencia política de la Ley 8/2015, para concluir que entre estas no se exige la retransmisión de los Plenos municipales y por tanto no puede estimarse la reclamación (en otras CC AA, por ejemplo Andalucía, sí que es obligación de publicidad activa).

Se realiza una aclaración respecto a que la posibilidad de grabar los Plenos municipales debe regularse en el Reglamento Orgánico y en su ausencia, su re-

gulación se encuentra enmarcada entre las potestades de policía que ostenta el Alcalde. Se alude a la Resolución PA-1/2016, de 9 de noviembre, del Consejo de Transparencia de Andalucía que resume la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, limitando al máximo las posibilidades de restringir las grabaciones en los Plenos.

En conclusión, se desestima la reclamación por incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa.

Resolución 50/2018, de 24 de septiembre, por la que se resuelve la reclamación presentada frente a las actuaciones del Ayuntamiento de Calatayud respecto al acceso a la información pública solicitada.

La condición de interesado o no en el concreto procedimiento de contratación es irrelevante. La Ley 8/2015, en el art. 25, reconoce el derecho de acceso a la información pública a todas las personas y en similares términos se pronuncia el art. 12 de la Ley 19/2013, sin que se exija motivación alguna en la solicitud. Además, la información requerida no se circunscribe a un concreto procedimiento, sino a todas las facturas de una mercantil en dos ejercicios.

Se rechazan las alegaciones relativas a que la Ley 8/2015 no regula el acceso a las facturas. Si bien la Ley establece una serie de obligaciones en materia de publicidad activa y contratación, entre las que no se encuentran las facturas, ello no excluye, como ha reiterado el CTAR en numerosas ocasiones (por todas Resolución 21/2017), que cualquier persona pueda solicitar el acceso a esa información.

Las facturas correspondientes a la compra de madera con fondos públicos son información pública, puesto que obran en el Ayuntamiento de Calatayud y han sido obtenidos en el ejercicio de sus funciones y, por tanto, susceptibles de derecho de acceso. Se alude al Criterio Interpretativo (CI/003/2016) del CTBG que al analizar aquellos supuestos en que una solitud de información puede considerarse abusiva, establece algunos ejemplos en que la transparencia responde a un interés legítimo, entre los que se encuentra la gestión de los fondos públicos.

Se estima la reclamación.

3. Causas de inadmisión

Resolución 21/2017, de 18 de septiembre, que resuelve la reclamación presentada frente a la inactividad de la Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda respecto a la solicitud de información

La documentación que se requiere se refiere a la información de los contratos de mantenimiento (limpieza, ascensores, cerrajería, etc.) de una Urbaniza-

ción y la facturación realizada por estas empresas de mantenimiento a la Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda.

El CTAR recuerda que la remisión a la información obrante en el Perfil de contratante no cumple las exigencias en materia de publicidad activa contempladas por la Ley 8/2015 y, además, está prevista para una finalidad distinta. Asimismo, la publicación de información para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por la Ley en materia de publicidad activa, no exime de responder a las solicitudes que se realizan en ejercicio del derecho de acceso.

Respecto a la información relativa a la facturación de las empresas que son adjudicatarias de los contratos de mantenimiento y limpieza de la urbanización «Las Armas» y su consideración como supuesto de reelaboración, se argumenta:

A tenor del criterio 1/2015 del CTBG, no puede considerarse reelaboración ya que no se trata de una información que se elabore expresamente para dar respuesta a la solicitud haciendo uso de varias fuentes de información; no se acredita ausencia de medios técnicos que permitan extraer la información. Antes al contrario, se trata de información que obra en poder de la sociedad mercantil y la realización de determinadas operaciones técnicas para extraer la correspondiente a los inmuebles de la urbanización no puede considerarse reelaboración. Zaragoza Vivienda alude a un proceso previo y arduo y a la necesidad de que la tarea constituya un trabajo adicional para sus empleados, pero no especifica dificultad o imposibilidad técnica.

Se ha constado que los pliegos de la licitación a los que remite Zaragoza Vivienda en su informe, prevén (cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Específicas) una facturación por trabajos efectivamente prestados en los inmuebles, con emisión por Zaragoza Vivienda de certificaciones mensuales en las que, entre otros extremos, se debe indicar el emplazamiento del inmueble y el desglose económico de la actuación. Certificaciones en base a las cuales el contratista emite la factura o facturas que se deducen de la certificación aprobada, por lo que el dato del coste de los trabajos de mantenimiento de cada inmueble es conocido por Zaragoza Vivienda.

Se recuerda igualmente que el art. 9.1 de la Ley 8/2015 reconoce las obligaciones de suministrar información para los adjudicatarios de contratos del sector público: «1. Los adjudicatarios de contratos del sector público estarán obligados a suministrar a las entidades previstas en el artículo 4 de esta ley a las que se encuentren vinculadas, previo requerimiento y en un plazo de quince días, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellas de las obligaciones previstas en este título, obligación que deberá hacerse constar expresamente en el respectivo contrato. A estos efectos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento equivalente especificarán dicha obli-

gación». A tenor de este artículo, Zaragoza Vivienda podría solicitar el detalle de la facturación correspondiente a los inmuebles de la urbanización 'Las Armas'».

Se estima la reclamación planteada.

Resolución 24/2017, de 6 de noviembre, por la que se resuelve la reclamación presentada frente a la falta de resolución por la Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda del acceso a la información pública solicitada

La documentación que se requiere se refiere a la Instrucción técnica a la que remitían las bases de la convocatoria de ayudas al alquiler para el año 2016, gestionadas por la Sociedad Municipal. La Instrucción debía establecer aquellos supuestos excepcionales en los que procedía aplicar un coeficiente moderador para los ingresos imputables a la unidad familiar.

En el informe remitido al CTAR se argumenta que la Instrucción a la que hacía referencia las bases de la convocatoria existía, pero tenía carácter interno, si bien no se procedió a la redacción y publicación de la Instrucción Técnica a la que hacen referencia las bases.

El carácter interno al que se refiere Zaragoza Vivienda no puede identificarse con la causa de inadmisión contenida en el art. 18.1.b) de la Ley 19/2013 y 30.1.b) de la Ley 8/2015.

Se alude al Criterio (CI 006/2015) del CTBG:

> [...] debe tenerse en cuenta que la motivación que exige la Ley 19/2013, para que operen las causas de inadmisión tiene la finalidad de evitar que se deniegue información que tenga relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, es decir, que sea relevante para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas, y su aplicación. Estas en ningún caso tendrán la condición de informaciones de carácter auxiliar o de apoyo.

Se alude igualmente a la Resolución del CTBG (R/0435/2016) de 9 de enero de 2017, en relación la solicitud de las instrucciones de reconocimiento del derecho a las prestaciones por desempleo y las relativas a varios programas de empleo, que concluía:

> El contenido de las instrucciones de cualquiera de estos tres programas citados no puede considerarse, a juicio de este Consejo de Transparencia, como información auxiliar o de apoyo, al tratarse de textos definitivos que establecen el procedimiento para poder alcanzar o no el disfrute de un derecho de base social que afecta a millones de personas.

No puede considerarse una información de mero carácter interno cuando de su consideración determina la obtención de una ayuda económica.

La competencia de las ayudas a las que se refiere la solicitud de información corresponde al Ayuntamiento de Zaragoza, aunque su gestión corresponde a la

Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda, por lo que la Instrucción debía haberse publicado a tenor de lo dispuesto en el art. 15.1.b) de la Ley 8/2015.

La inexistencia de la Instrucción como documento formalmente elaborado no impidió que se aplicaran determinados criterios respecto a la valoración de los ingresos de la unidad familiar, durante la tramitación de ayudas para el alquiler de 2016, tal como consta en el informe de Zaragoza Vivienda. De ello se desprende que la Instrucción debió quedar documentada de algún modo y debería haberse proporcionado al reclamante esta información.

Se estima la reclamación planteada.

4. Límites

Resolución 1/2017, de 27 de febrero, que resuelve la reclamación presentada frente a la inadmisión por la Consejería de Economía, Industria y Empleo del acceso a la información pública solicitada.

La documentación que se requiere es la información referente a las poligonales o en su defecto las coordenadas de los vértices poligonales de los proyectos presentados en procesos de selección en formato .shp, .xls, .dw o en el que se disponga.

El CTAR considera que los datos poligonales a los que se pretende acceder son fruto de trabajo previo realizado por las empresas, respecto a los que operan los límites de secreto profesional, en este caso comercial, y a la propiedad intelectual e industrial, ya que cada uno de los proyectos constituye parte de la planificación estratégica de las empresas y su contenido fue declarado confidencial. No existe, además, un interés público superior que justifique el acceso ya que la información se requiere con «la finalidad de generar seguridad jurídica al desarrollo de los 3000 MW de producción energética en territorio aragonés fruto de la subasta eólica», siendo esto un interés particular ajeno al ejercicio del derecho de acceso.

En cuanto a la causa de inadmisión del art. 30.1.c) Ley/2015 (reelaboración) la reclamante señala, con acierto, la exigencia que establecen las bases del concurso de documentación en formato .shp, .xls, .dwg o en el que se disponga, por lo que no concurre causa de inadmisión por parte del Departamento de Economía, Industria y Empleo, siguiendo el Criterio 7/2015 del CTBG.

Se considera abusiva la solicitud al poder utilizarse la información como parte de la política industrial de la empresa, extralimitándose de los límites de acceso.

En conclusión, se desestima la reclamación planteada.

5. Protección de Datos

Resolución 4/2017, de 27 de febrero, que resuelve la reclamación presentada frente a una Resolución de la Diputación Provincial de Zaragoza por la que se concede acceso parcial a la información pública solicitada

El CTAR analiza la legitimación del Sindicato, para concluir ante la jurisprudencia y doctrina, que el Sindicato ostenta interés legítimo y directo de carácter profesional, plasmado en un beneficio jurídico caso de ser estimada su pretensión.

En cuanto a la información relativa a las activaciones nominativas, realizadas por el personal del Servicio de Prevención de Incendios, correspondientes a los años 2013, 2014, 2015 y 2016 y el número de horas invertidas en la realización de las activaciones del personal de SPEI, desglosada por los distintos tipos de servicios realizados en el año 2013, 2014, 2015 y 2016 (de forma disociada, no nominativa y en cómputo total). Concurren en la información circunstancias que requieren limitar el acceso debido a que en caso contrario se produciría una vulneración de los datos de carácter personal, por lo que quedan justificados los requisitos para disociar los datos de los afectados.

Además, en el programa informático que gestiona las activaciones constan datos especialmente protegidos (salud) y tienen reflejo económico en las retribuciones a percibir en las que debe de protegerse la confidencialidad. Se concluye que la identificación de los trabajadores iría asociada a datos especialmente protegidos o datos por permisos familiares con objeto determinado, que para poder ser cedidos a terceros requieren consentimiento expreso de los titulares de los datos o estar amparada la cesión en una norma con rango de Ley, no constando ninguno de los dos requisitos.

Se debe garantizar la anonimización y proporcionar la información más detallada no en cómputo anual como defiende la Diputación, distinguiendo en bolsas de horas obligatorias y extraordinarias, sino desglosada por tipos de servicios como requiere la solicitud, sin incluir el detalle del Parque en el que se prestan los servicios al facilitar así la identificación de los individuos (estimación parcial).

En cuanto a las nuevas dotaciones y cualquier actividad creada a partir de la puesta en funcionamiento. Se trata de conocer el criterio de la Diputación a propósito de la forma de gestionar una determinada política pública y no de disponer de contenidos o documentos específicos. Por tanto, no se trata de información pública en virtud de los arts. 12 y 13 de la Ley 9/2013 (pretensión desestimada).

Resolución 14/2018, de 12 de marzo, que resuelve la reclamación presentada frente a la resolución del Departamento de Desarrollo Rural y Sostenibilidad del Gobierno de Aragón respecto a la información pública solicitada

La información solicitada se refiere a la documentación aportada por los interesados para participar en la fase de concurrencia competitiva de una subvención y la documentación en la que conste el objeto de la subvención, el beneficiario y los compromisos asumidos por el mismo, la puntuación obtenida en la valoración, el importe de la subvención, así como de forma fundamentada la desestimación, la inadmisión, el desistimiento, la renuncia, etc.

Se concluye que todos los documentos solicitados son información pública en los términos previstos en la normativa de transparencia. En lo que respecta la información presentada por los solicitantes, se recuerda que el CTAR en la Resolución 17/2017, de 27 de julio, ya estimó una pretensión similar y reconoció el derecho de acceso respecto al proyecto presentado para la concesión de una subvención, concluyendo que se trata también de información pública.

La respuesta ofrecida ante la solicitud de información pública carecía de motivación y no invocaba ningún límite, por lo que no sería posible alegar durante la tramitación de la resolución la concurrencia de estos, tal como hace el Departamento de Desarrollo Rural y Sostenibilidad respecto al límite del art. 15 de la Ley 19/2013 relativo a la protección de los datos de carácter personal (Resolución 1/2017, de 27 de febrero y 17/2017, de 27 de julio).

Se analiza en todo caso la posible aplicación del límite relativo a la protección de datos de carácter personal, para ello se cita el art. 15 así como las fases del Criterio Interpretativo 2/2015, de 24 de junio del CTBG. Se concluye que este límite podría acordarse, pero sólo previa ponderación de las consecuencias que podría tener el acceso frente a la garantía a la protección de datos.

Se determina que el alcance del acceso a la información presentada por los solicitantes de la subvención debe limitarse a los proyectos presentados por quienes finalmente hayan sido beneficiarios de la subvención.

En conclusión, se estima la reclamación planteada.

Resolución 29/2018, de 21 de mayo, que resuelve la reclamación presentada frente a las actuaciones del Ayuntamiento de Canfranc respecto a la información pública solicitada

La información solicitada se refiere a las copias de las nóminas de los trabajadores laborales fijos del Ayuntamiento.

La jurisprudencia y la doctrina citada por el Ayuntamiento es previa a la aprobación de las normas de transparencia. Sin embargo, tanto la Ley 19/2013

como la Ley 8/2015 han venido a establecer un régimen general de acceso a la información mucho más amplio, cuya restricción sólo procede cuando concurran los límites expresamente previstos en la Ley y siempre de forma motivada.

Es doctrina sentada por el CTAR (Resolución 5/2018, de 5 de febrero, o Resolución 17/2018, de 16 de abril) que los principios de las normas de transparencia, tales como el principio de responsabilidad y rendición de cuentas, el principio de libre acceso a la información pública, el principio de utilidad, el principio de gratuidad o el acceso preferentemente electrónico están llamados a proyectarse sobre el conjunto del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, también sobre los regímenes específicos de acceso a la información como ocurre en el caso de los electos locales.

En lo que respecta la información que puede obrar en las nóminas de los trabajadores, debe distinguirse entre datos especialmente protegidos y datos meramente identificativos. Los primeros quedan excluidos del derecho de acceso conforme a lo previsto en el art. 15.1 de la Ley 19/2013 mientras que los segundos deben ser sometidos a la ponderación prevista en el 15.3 de la Ley 19/2013.

Se analiza la doctrina de otros Comisionados de Transparencia, así como los pronunciamientos previos del CTAR para concluir que no se aprecia un interés público que deba prevalecer sobre el derecho a la protección de sus datos de los trabajadores. Tiene especial relevancia la Resolución 357/2017, de 20 de noviembre, de la GAIP en la que se concluye que ni los datos retributivos ni los datos identificativos son datos especialmente protegidos de acuerdo con el LOPD, pero ciertamente son datos que asociadas unos en los otros, ofrecen un perfil económico personal que debe ponderarse a la hora de determinar si existe un interés público que prevalezca.

Se señala además la ausencia de motivación tanto de la solicitud como de la reclamación, lo que impide identificar interés público alguno respecto al conocimiento de los datos identificativos de los trabajadores. Asimismo, se aprecia una clara voluntad por parte del Ayuntamiento de Canfranc a la hora de proporcionar la información solicitada.

Se desestima la reclamación presentada.

Resolución 52/2018, de 29 de octubre, por la que se resuelve la reclamación presentada frente a una resolución de la Diputación Provincial de Zaragoza por la que se deniega el acceso a la información pública solicitada

Se desestima la pretensión del reclamante relativa a la publicación de la autoliquidación del IRPF del Secretario General de la Diputación Provincial de Zaragoza. El CTAR ya se pronunció sobre esta cuestión en la Resolución 1/2018,

de 5 de febrero, concluyendo que ni las declaraciones de Renta ni de Patrimonio aparecen mencionadas como exigencia de publicidad activa ni en la Ley 8/2015, ni en la Ley 19/2013, ni en ninguna otra norma.

El reclamante realiza una cita no literal e interesada de la Resolución del CTAR, al afirmar que esta señala que las «declaraciones de renta y patrimonio no aparecen mencionadas como exigencia de publicidad activa ni en la LTPCA ni en la LOPD». La Ley 7/2015 limita la obligación de publicidad a las declaraciones anuales de bienes y actividades. Concluir que esa misma publicidad debe alcanzar a las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades es una interpretación del reclamante alejada de la literalidad del precepto, que expresamente señala: «Las declaraciones anuales de bienes y actividades serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal».

Se desestima la pretensión de obtener la autoliquidación del IRPF, al contener datos especialmente protegidos (categorías especiales de datos personales) tales como los relativos a la sindicación, la salud o las convicciones religiosas. Se alude al pronunciamiento de la Resolución 51/2016, de 4 de mayo, del CTBG.

Se desestima igualmente la pretensión del reclamante respecto a la obtención de la información solicitada previa omisión de aquellos datos que se consideren especialmente protegidos, al no apreciar un interés público prevalente frente al derecho a la protección de datos, sobre todo si tiene en cuenta que la información relativa a las retribuciones percibidas, así como las declaraciones de bienes y actividades ya se encuentran disponibles en la web de la Diputación Provincial de Zaragoza.

6. Clasificación temática

i) Contratación (Resolución 1/2017, Resolución 6/2017, Resolución 21/2017, Resolución 36/2017, Resolución 20/2018, Resolución 50/2018)

ii) Empleo público y retribuciones (Resolución 23/2017, Resolución 36/2017, Resolución 29/2018)

iii) Urbanismo (Resolución 18/2017, Resolución 36/2017)

iv) Información económica presupuestaria (Resolución 22/2017, Resolución 29/2018, Resolución 50/2018)

v) Organización local (Resolución 36/2017, Resolución 38/2018)

vi) Subvenciones (Resolución 5/2018, Resolución 14/2018)

vii) Otros (Resolución 4/2017, Resolución 13/2017, Resolución 24/2017, Resolución 52/2018, Informe 2/2018)

III. ACTIVIDAD CONSULTIVA RELEVANTE

Informe 2/2018, de 29 de octubre, del Consejo de Transparencia de Aragón, emitido a solicitud del Ayuntamiento de Vera del Moncayo, relativo a la publicación de las actas de las sesiones del Pleno

El CTAR concluye que la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, no exige la publicación del texto íntegro de las actas de los Plenos municipales, sino únicamente los acuerdos de los órganos de gobierno y las iniciativas adoptadas por el Pleno (arts. 13 y 15.1.g). Ello no obstante, la publicación del texto íntegro de las actas de los Plenos, o del borrador previo, por las entidades locales, constituye una buena práctica de transparencia voluntaria.

La anonimización o disociación de los datos personales que obren en la información a publicar, debe realizarse previa aplicación de las reglas de ponderación previstas en el art. 15 de la Ley 19/2013 y de acuerdo con los criterios y doctrina emanada de los Comisionados de transparencia y las Agencias de Protección de datos, sin que sea preciso recoger en la publicación de las actas la literalidad y el detalle de las deliberaciones.

Pueden ser objeto de difusión:

a) Los datos personales referidos a los cargos corporativos (el nombre, apellidos y el cargo de los concejales o el nombre y apellidos del secretario de la corporación).

b) Los datos que cuenten con una norma, con rango de ley, que habilite para la cesión de los datos. Así la legislación de contratos del sector público, la de urbanismo y medio ambiente, la de función pública, entre otras.

c) Los datos que sean recogidos, o vayan a ser incorporados, de una fuente accesible al público. Es el caso de otorgamiento de licencias urbanísticas, o de subvenciones, que por prescripción legal hayan de ser publicados en el boletín oficial.

d) Los destinatarios de los servicios sociales tienen derecho a que no se difunda la información que los afecta en esta calidad (Resolución 271/2017 GAIP).

e) La identidad de las personas autoras de los informes de la Administración es un dato meramente identificativo relacionado con el funcionamiento administrativo (Resolución 194/2017 GAIP). De igual modo, los responsables que han instruido un procedimiento sancionador (Resolución 15/2018 CTAR).

f) La dirección de las fincas expropiadas y el precio justo pagado por la Administración para su expropiación no son datos protegidos (Resolución 1/2017 GAIP).

Contratación de *software* y de bases de datos en el sector público[1]

Jorge Collado Gallego

RESUMEN

Como consecuencia de las nuevas formas de gestión digital en el sector público, que obligan a las entidades de derecho público a relacionarse con los ciudadanos y con los demás entes públicos y a tramitar los expedientes en clave electrónica y telemática, gran parte de la actividad contractual desarrollada por estas se dirige a la adquisición de programas de *software* que les permitan acometer tales comunicaciones y gestiones. Tanto las contrataciones que se pretendan llevar a cabo para la adquisición o desarrollo de un programa informático, como para acceder a, o crear, bases de datos, deben de realizarse en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público. Para ello habrá que determinar la naturaleza jurídica del contrato que se proyecte e identificar el tipo contractual y el régimen jurídico que le corresponde.

Palabras clave: Administración electrónica, bases de datos, contratación de *software*, desarrollo de *software*, licencia de *software*, bienes incorporales, propiedad intelectual.

ABSTRACT

As a consequence of new forms of digital management in the public sector, which force public-law entities to interact with citizens and other public bodies, as well as to manage electronic and telematic files, almost all contractual

1 El presente trabajo tiene su origen en la investigación realizada en el marco del Trabajo Fin de Máster presentado en la Sexta Edición del Máster de Contratación Pública Local de la Universidad Autónoma de Madrid, bajo la Dirección Académica de la Profesora de Derecho Administrativo de la Rey Juan Carlos y del citado Máster, María Hernando Rydings, junio 2018.

activity is now directed to the purchase of software that allow these entities to undertake such communications and arrangements. Both the contracts that are intended to be carried out for the supply or development of a computer program, as those to obtain or create databases, must be carried out within the field of the Public Sector Contracts Law. In order to achieve this goal, it will be necessary to determine the legal nature of the projected contract, and identify the contractual type and the legal regime that corresponds to it.

SUMARIO

I. LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL. **1**. La era digital y su impacto en la Administración Pública. **2**. La Administración electrónica en la normativa española: antecedentes y situación actual. **II**. EL CONTRATO DE *SOFTWARE*. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES. **1**. Definición de *software*. **2**. Delimitación entre el contrato de base de datos y el contrato de *software*. **A**. Contrato de bases de datos: aclaraciones en torno a su naturaleza jurídica y régimen jurídico. **B**. El contrato de *software*: naturaleza jurídica. **a**) Contrato de desarrollo y contrato de licencia. **b**) Tipología contractual del contrato de *software* **III**. EL CONTRATO DE *SOFTWARE*: ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A SU PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN. **1**. La preparación del contrato de *software*. **2**. Procedimientos de adjudicación en la contratación de *software*. A. Procedimientos ordinarios. B. Procedimientos extraordinarios. **a**) Procedimiento de licitación con negociación. **b**) Diálogo competitivo **c**) Asociación para la innovación. **d**) El procedimiento negociado sin publicidad. **IV**. CONSIDERACIONES FINALES. **V**. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL

1. La era digital y su impacto en la Administración Pública

A partir de la década de los setenta del siglo pasado, con la irrupción del primer computador personal y posterior desarrollo de los microprocesadores, comenzó a dar sus primeros pasos la llamada revolución digital, que ha culminado en la nueva era basada en las tecnologías de la información y comunicación (Internet, ordenadores, dispositivos y herramientas tecnológicas, foros, chats, blogs, medios de comunicación, etc.). Nos encontramos ante un mundo globalizado y digital que ha modificado de forma radical la forma en la que nos relacionamos. Es esta una sociedad dinámica, moderna y en permanente transformación y cambio evolutivo tecnológico, la cual demanda una constante adaptación al medio digital. Sin esta constante adaptación, es inevitable quedarse al margen de las nuevas formas de gestión y comunicación, con el trastorno, pérdida de eficiencia, desfase y retraso que, respecto del resto de la sociedad, ello conlleva.

Es por ello que la actividad del sector público no puede acudir a fórmulas de gestión basadas en un sistema burocrático y en exceso formalista, rigorista e inflexible, que es el que tradicionalmente ha venido llevando a cabo. La transformación hacia la administración y gestión digital es un camino que el sector público ha emprendido junto a otros operadores privados, los cuales ofrecen servicios interactivos y digitales a los ciudadanos y, que, cada poco tiempo, introducen importantes innovaciones en este campo. Piénsese en las tecnologías, canales telemáticos y herramientas y servicios digitales que las grandes compañías, en diversos campos como el financiero y de banca, de telecomunicaciones y audiovisual, de espectáculos y deportivo, etc., ponen a disposición de sus clientes para la gestión de trámites y para la comunicación y resolución de cualquier cuestión o incidencia que les afecte. Por otro lado, los ciudadanos se relacionan y administran sus asuntos personales y profesionales, cada vez más, a través de medios y aplicaciones digitales, y utilizan a menudo las redes sociales en campos tan dispares como pueden ser el del ocio y el laboral. A este respecto, como datos significativos, nos encontramos con que el 68% de de la población en España se conecta a diario a Internet y el 81% utiliza *smartphones*.

No se trata ya solamente de no quedarse fuera de juego con respecto a los sectores privados y a la propia sociedad, sino que, existiendo hoy día la tecnología adecuada para ello, el sector público debe de poder tener la capacidad de relacionarse con el conjunto de la ciudadanía (relaciones *ad extra*) más allá de fórmulas arcaicas y obsoletas que giran en torno al eje Administración-administrado en clave de relación vertical y de subordinación. Además, tanto la forma de operar y organizarse desde un punto de vista interno como de relacionarse, comunicarse e intercambiar información en términos de interoperabilidad con los demás entes públicos (relaciones *ad intra*) requiere igualmente de instrumentos y medios tecnológicos que favorezcan la eficiencia, la celeridad en la gestión y el ahorro de recursos y costes. En este sentido, nuevas tendencias tecnológicas como *cloud computing*, *big data*, movilidad, redes sociales, *smartcities*, etc, se configuran como verdaderos catalizadores para la implantación de la administración digital[2].

En definitiva, el sector público ha de posicionarse en la vanguardia del uso de nuevas tecnologías para hacer de tractor de la sociedad y economía, algo a lo que, sin duda, ha contribuido la nueva normativa contractual al obligar la implantación de la licitación electrónica y la obligatoriedad de que los licitadores

2 Así se refiere el documento de buenas prácticas en la contratación pública de servicios de TI, elaborado conjuntamente por la Asociación Española de Empresas de Consultoría (AEC) con la Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información, Telecomunicaciones y Contenidos Digitales (AMETIC), de noviembre de 2014.

e interesados se relacionen con los poderes adjudicadores de forma electrónica, lo que se traduce en ventajas como un registro de ofertas y documentación en condiciones de disponibilidad continua o la facilidad de acceso a las licitaciones sin limitaciones geográficas.

2. La Administración electrónica en la normativa española: antecedentes y situación actual

El sector público español no es ajeno a esta realidad, y es consciente del importante papel que hoy día juegan las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en todo lo relacionado con la gestión de los servicios y en su relación con los ciudadanos. Para dar respuesta a esta y otras necesidades, se constituyó en 2012, por el Consejo de Ministros, la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), con el objeto de llevar a cabo un estudio dirigido a articular la modernización del sector público y agilizar los procedimientos a través de los cuales los ciudadanos y las empresas se relacionan con las entidades públicas, contemplando, entre otras medidas, potenciar la implantación de soluciones tecnológicas para alcanzar tales fines[3].

Del estudio presentado por la CORA en 2013 resultaron las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), y 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), las cuales introdujeron importantes cambios respecto de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto a la administración electrónica se refiere, recogiendo y adaptando además lo ya regulado sobre esta cuestión por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos[4].

3 Ya anteriormente, de forma tímida, se había tratado el tema del paso a la Administración electrónica. Así, en el periodo de 2001 al 2003 se aprobaron el Plan de Acción de la iniciativa Info XXI y el Plan de Choque para el impulso de la Administración Electrónica para la Administración General del Estado (en adelante, AGE), así como diversas normas, a partir de 2002, en materia de comercio electrónico y firma electrónica. Los planes anteriormente citados se enmarcaban en el Plan eEurope 2002 y el subsiguiente Plan de Acción eEurope 2005 de la Unión Europea. No obstante, tales medidas no cosecharon resultados apreciables en el intercambio de información ni en los numerosos proyectos de ventanilla única. Más adelante, entre los años 2006 y 2008, se aprobó el Plan Moderniza de medidas para la mejora de la Administración, el cual contemplaba de nuevo diversas medidas destinadas a optimizar la eficiencia y la flexibilidad de la AGE en TIC, simplificación administrativa, firma electrónica, teletramitación y sistemas de atención al ciudadano.

4 Tal como señalan sus correspondientes exposiciones de motivos, en dichos textos se abordan diversas cuestiones tales como el derecho de los ciudadanos a relacionarse con los entes

En el mismo año 2013, el Consejo de Ministros aprobó la Agenda Digital para España con el objeto de diseñar la estrategia a seguir en materia de TIC y de Administración Electrónica, para el cumplimiento de los objetivos de la Agenda Digital para Europa en 2015 y en 2020. Con posterioridad, y a la vista del informe de la CORA y del Real Decreto 806/2014 sobre organización e instrumentos operativos de TIC en la AGE y sus Organismos Públicos, se aprobaron en 2015 el Plan de Acción de Administración Electrónica de la AGE y el Plan de servicios públicos digitales, estableciéndose como caballos de batalla transformar los procesos de gestión en electrónicos, proveer servicios públicos digitales adaptados a las nuevas tecnologías y promover su innovación, publicar la información disponible, disponer de sistemas de análisis de datos para la toma de decisiones, garantizar la seguridad de los sistemas de información o promocionar el canal digital como medio preferente para relacionarse con la Administración[5].

Por otro lado, se elabora también el Programa Nacional de Reformas de 2018[6], el cual marca la agenda a seguir por el conjunto de las Administraciones Públicas con vistas a 2020[7], y se publica en ese mismo año, en el Portal de Transparencia de la AGE una consulta pública, mediante participación ciudadana, que tenía por título «Líneas generales de la reforma administrativa: Hacia

públicos a través de sede electrónica y la obligación de estos de dotarse de los sistemas necesarios para ello –notificaciones electrónicas y acceso a estas a través de un Punto de Acceso General Electrónico de la Administración, así como la implantación de un registro electrónico general o ventanilla única–, la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos, el uso generalizado y obligatorio de los medios electrónicos y la actuación administrativa automatizada, el archivo electrónico único y su compatibilidad con las diversas redes de archivos y el intercambio electrónico de datos, la generación de firma electrónica y expedición de certificados electrónicos, la cooperación interadministrativa a través de relaciones electrónicas, o la utilización de medios electrónicos para la constitución y adopción de acuerdos de los órganos colegiados.

5 Para más información sobre este apartado, se recomienda la lectura del artículo «Cuatro décadas de modernización vs. reforma de la Administración pública en España», de mayo de 2017, de Manuel Arenilla Sáez, publicado en *Methaodos. Revista de ciencias sociales*, 5 (2), pp. 302-317.

6 A fecha de la entrega del presente trabajo, aún no ha sido publicado el de 2019.

7 Una de las materias sobre las que el programa hace pivotar la reforma administrativa es la eficiencia y la digitalización administrativa. En este sentido, el Gobierno pretende llevar a cabo el Plan Estratégico de Impulso y Transformación de la Administración Pública para el período 2018-2020 a través del cual se potenciará el uso de las nuevas tecnologías en la Administración y en sus relaciones con la sociedad. La transformación digital de la Administración tendrá como objeto el desarrollo de lo previsto en la LPAC y la LRJSP respecto del uso de medios electrónicos en el normal funcionamiento de la Administración.

un Plan Estratégico de Impulso y Transformación de la Administración Pública 2018-2020»[8].

En este sentido, y a la vista de lo anterior, queda puesto de relieve la extraordinaria trascendencia que alcanza todo lo relacionado con los medios electrónicos, tecnológicos, telemáticos y digitales en la Administración y en el sector público en general si lo que se pretende es prestar servicios de calidad, y que tal prestación responda a criterios de eficacia, eficiencia, transparencia, seguridad jurídica, calidad, ahorro de costes y adecuación a las necesidades y capacidades del momento de los ciudadanos, empresas y mercados. Ello es crítico para conseguir una adecuada racionalización de la actividad administrativa y un aumento de la productividad. Es más, la Administración está obligada a ello, para atender y dar respuesta a los principios rectores de su actividad, que son los recogidos en el art. 3 de la LRJSP. Sin tratar de ser prolijo en la enumeración de los mismos –ya han sido señalados varios de ellos–, baste indicar que la Administración en su actividad debe de tender a la simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos, a la agilidad en la tramitación de los procedimientos o a la adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.

A su vez, en materia de contratación pública, y como no podía ser de otro modo, a la vista de todo lo anteriormente señalado, la Ley 9/2017, de 9 de no-

8 La consulta planteada giraba en torno a cuatro ejes, estando dedicado el primero de ellos a la transformación digital de la Administración. Como objetivo estratégico de este primer eje, se ponía el acento en la transformación integral de la Administración para convertirla en una Administración digital a través de la puesta a disposición de los diferentes usuarios de herramientas informáticas que permitiesen desarrollar un modelo de relación con los ciudadanos, las empresas y otras Administraciones Públicas más fluido y abierto, y para ello se proponían una serie de programas o líneas de actuación: promover la innovación en la prestación de servicios; la implantación y mejora de procedimientos electrónicos; proveer de manera compartida servicios comunes; la gestión corporativa inteligente del conocimiento, la información y los datos; potenciar la seguridad de la información (Ciberseguridad); y la interconexión con otras Administraciones Públicas.

En concreto, el eje referido a la transformación digital del sector público, obtuvo como respuesta de diversos operadores económicos que la Administración digital, más allá de poner a disposición de los ciudadanos herramientas informáticas, debiera de referirse a los servicios digitales, enfocados al soporte del nuevo modelo de relación con el ciudadano. En cuanto a los procedimientos electrónicos, incidieron en que habría que focalizarse en su implantación y mejora electrónica efectiva. Además, se señalaba que tendría que empezarse a encarar temas como la inteligencia artificial y la robótica avanzada y su implementación en la Administración. Otras de las cuestiones que preocupan a empresas y profesionales del sector es la necesidad de que se analice el impacto en términos de tecnología y servicios digitales de las leyes que estén por venir, y también de las existentes, para poderse aplicar mejor en la Administración Digital.

viembre, de Contratos del Sector Público[9] (en adelante, LCSP), contempla en su Exposición de Motivos la obligatoriedad de la implantación de la contratación electrónica. Las notificaciones a los interesados, la presentación de documentación y de ofertas, la apertura de estas, las certificaciones que se expidan, la presentación de facturas, el acceso a pliegos y documentación contractual y, en definitiva, todo lo que importe al procedimiento contractual en cualquiera de sus fases se llevará a cabo por regla general de forma electrónica. Con ello se trata de dar cumplimiento a otros objetivos que se impone la propia LCSP como lograr una mayor transparencia, la simplificación de los trámites y del procedimiento y la reducción de la burocracia y de las cargas administrativas, favoreciendo así el acceso a las licitaciones a las pequeñas y medianas empresas.

Por todo ello, la Administración Pública necesita dotarse de herramientas y procedimientos de gestión interna así como de sistemas que permitan acceder y relacionarse con ella en el actual contexto digital y de TIC. Para ello la Administración habrá de contar con la imprescindible colaboración de las empresas y profesionales del sector, colaboración que en la mayoría de las ocasiones se desarrollará en el campo de la contratación pública, ya sea mediante adjudicaciones de contratos de servicios o suministros de sistemas informáticos o mediante la participación de tales operadores económicos con carácter previo a la tramitación del procedimiento de adjudicación a través de la figura de consultas preliminares, o bien mediante una combinación de ambas a través de la asociación para la innovación, lo que además permitirá al sector público cumplir con su tarea de agente motor e impulsor del desarrollo en la innovación de las empresas que a través de las licitaciones le impone la LCSP, posibilidades que serán objeto de estudio y desarrollo a lo largo de este trabajo.

II. EL CONTRATO DE *SOFTWARE*. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES

1. Definición de *software*

Resulta imprescindible para acometer el presente trabajo, aunque ello se realice de forma somera, tratar de comprender qué se entiende por *software*, con el fin de contextualizar adecuadamente los contratos que con este objeto pretendan adjudicarse.

9 Para un estudio exhaustivo de la Ley 9/2017, se recomienda acudir a las obras *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, de José María Gimeno Feliú (Aranzadi, 2018), y *Tratado de Contratos del Sector Público*, de Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles (Tirant Lo Blanch, 2018).

Un programa informático es una secuencia de instrucciones, escritas para realizar una tarea específica en una computadora[10]. Este dispositivo requiere programas para funcionar, por lo general, ejecutando las instrucciones del programa en un procesador central[11]. Una colección de programas y datos relacionados se conoce como *software*, y un desarrollo de *software* es el proceso de programación de computadoras. Por regla general, los programadores escriben las instrucciones del programa generando lo que se denomina código fuente, legible por las personas; tras diversos procesos (compilación), este código fuente da lugar a lo que se denomina código binario que es aquel que procesa el ordenador. Así, se conoce como *software* al soporte lógico de un sistema informático, que comprende el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos que son llamados hardware. La interacción entre el *software* y el hardware hace operativo un ordenador u otro dispositivo, es decir, el *software* envía instrucciones que el hardware ejecuta, haciendo posible su funcionamiento[12]. En suma, el *software* comprende todos los componentes intangibles, no físicos, de un ordenador, es decir, es el conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora[13].

Es preciso señalar que, según las necesidades a satisfacer, el *software* a contratar puede ser estándar, a medida o parametrizable, cuestión fundamental a la hora de determinar si nos encontramos ante un contrato de suministro o de servicios, como se verá más adelante.

2. Delimitación entre el contrato de base de datos y el contrato de *software*

A. Contrato de bases de datos: aclaraciones en torno a su naturaleza jurídica y régimen jurídico

Una base de datos no es más que una biblioteca compuesta en su mayoría por documentos y textos impresos en papel e indexados para su consulta, es decir,

10 STAIR, R.M., *et al.* (2003): *Principles of Information Systems, Sixth Edition*, Thomson Learning, Inc., p. 132.

11 SILBERSCHATZ, A. (1994): *Operating System Concepts, Fourth Edition*, Addison-Wesley, p. 58.

12 Desde una perspectiva jurisprudencial, conforme Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998 (referencia?) el término *software* designa al conjunto de programas de distinto tipo (sistema operativo y aplicaciones diversas) que hacen posible operar el ordenador; viene a ser el soporte lógico del ordenador.

13 Definición dada por la Real Academia de la Lengua Española (RAE).

un conjunto de datos organizado de tal modo que permita obtener con rapidez diversos tipos de información[14]. Actualmente la mayoría de las bases de datos están en formato digital, el cual ofrece un amplio rango de soluciones al problema del almacenamiento de datos.

La bases de datos, entendida así como una herramienta consistente en una colección de información organizada y relacionada en un mismo contexto para su uso y vinculación, es un tipo de *software* –*software* de administración de base de datos– que tiene por objeto controlar la creación, el mantenimiento y el uso de la base de datos de una organización y de sus usuarios finales.

Aclarado cuál es el concepto de base de datos que seguiremos, conviene a continuación realizar algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica y al régimen jurídico al que queda sometido este contrato.

En relación con su naturaleza jurídica, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 fue la que se refirió, por primera vez de forma expresa, a los contratos de suscripción de bases de datos, equiparándolos a los de suscripción a publicaciones periódicas y revistas, y dotándoles de carácter de contratos privados. Con la nueva regulación dada por la recientemente aprobada LCSP, se sigue manteniendo este tipo de contratos como negocios jurídicos de naturaleza privada, tal como se establece en su art. 25.1.a).

El contrato de suscripción a una base de datos es, por tanto, un contrato diferente de los de adquisición de bienes y servicios a los que se refieren los arts. 16 y 17 de la LCSP; la contratación que tenga por objeto el desarrollo y adquisición, o simple adquisición, de un programa de *software* se encuadra en uno de los dos citados artículos, lo que no ocurre con aquella. Tienen naturaleza distinta, y puede afirmarse en base a ello que en realidad la contratación de una base de datos no es la contratación de un *software*, porque a los efectos prácticos, y en consecuencia a los de su régimen jurídico, poco importa que la revista, la publicación periódica o la base de datos sobre la que realizar la suscripción esté en soporte papel o en soporte digital: el objeto del contrato es la suscripción propiamente dicha.

Por otro lado, y centrándonos ahora en la suscripción a una base de datos, y dejando para más adelante la contratación de *software*, es preciso indicar que, en cuanto al procedimiento a seguir para su contratación, la Disposición Adicional 9 de la LCSP establece que cualquiera que sea su cuantía, y siempre y cuando no se superen los umbrales establecidos para su consideración como contratos sujetos a regulación armonizada (en adelante, contratos SARA), es-

14 Según definición de la RAE.

tos contratos se regirán por las normas establecidas para los contratos menores. Por tanto, siempre que no sean contratos SARA, su tramitación deberá cumplir tan solo con los requisitos recogidos en el art. 118 LCSP, que son los de informe motivando la necesidad del contrato, aprobación del gasto e incorporación de la factura correspondiente, con la peculiaridad de que, tal como establece la Disposición Adicional, se estará a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluido el pago, por lo que el abono del precio se podrá hacer en la forma prevista en las condiciones que rigen habitualmente esos contratos, lo que permite admitir el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación.

Sin embargo, la tramitación de un contrato que tenga por objeto la suscripción de una base de datos a través de lo dispuesto en el art. 118 para los contratos menores puede generar ciertas dudas a los gestores a la hora de aplicar dicho precepto.

Así, una cuestión con cierta trascendencia que puede plantearse respecto de estos contratos tramitados como un menor, es el de la duración de los mismos. Un contrato menor, de conformidad con lo dispuesto en el art. 29.8 LCSP, no puede ser superior a un año ni puede ser objeto de prórroga, por lo que podría considerarse en principio que, consecuentemente, un contrato de suscripción a una base de datos no SARA que se tramite como un menor no puede superar el año ni prorrogarse. No obstante, es preciso tener en cuenta que el art. 26 LCSP establece que los contratos de suscripción a una base de datos, como contratos de naturaleza privada, se sujetarán a las reglas de la ley de contratos en cuanto a su preparación y adjudicación. En atención a tal previsión, debe entenderse aplicable a estos contratos tan solo las consideraciones procedimentales señaladas en el art. 118, contenido dentro de la Sección primera, Capítulo I, Título I del Libro segundo, referida a la preparación de los contratos, y no la limitación contenida en el art. 29.8 en cuanto a su duración y prórroga, precepto que no responde a una regla de procedimiento, tal como indica la Junta Consultiva de Aragón (en adelante, JCCAA) en su informe 3/2018.

Otro aspecto a tener en cuenta es el de la limitación que introduce de forma novedosa el apdo. tercero del art. 118, según el cual habrá que justificar en el expediente que el contratista no ha suscrito más contratos menores que, individual o conjuntamente, superen los umbrales establecidos para acudir a la figura del contrato menor. En este supuesto, y acudiendo de nuevo al informe anteriormente mencionado de la JCCAA, se concluye que cabe aplicar a los contratos de acceso a bases de datos que se tramiten como un menor dicha regla limitativa, por cuanto, acudiendo al razonamiento expuesto en el párrafo anterior, se trata de una regla procedimental a la que la Disposición Adicional 9 hace referencia expresa

Sobre este punto, existen distintos criterios interpretativos formulados por diferentes juntas consultivas, acerca de si la limitación objetiva introducida por el art. 118.3 de la LCSP ha de aplicarse sobre contratos del mismo tipo (obras, servicios o suministros) o si ha de estar referida a aquellos contratos cualitativamente similares, no siendo aplicable por tanto tal limitación, según dicho criterio, a contratos cuyo objeto sea sustancialmente diferente aun cuando pertenezcan al mismo tipo contractual. Como quiera que la contratación de una base de datos tiene un objeto muy específico y concreto, puede considerarse suficiente que, a los efectos de no vulnerar esta limitación objetiva, el órgano de contratación se asegure de que no se suscriba con el mismo contratista dos o más contratos de acceso a bases de datos, o de servicios relacionados con bases de datos, que en conjunto superen los umbrales establecidos para los contratos SARA, sin perjuicio de que pueda aplicarse de forma análoga la restricción en base a la tipología contractual, de modo que la limitación también se refiera a cualquier suscripción, ya sea base de datos, publicaciones periódicas o revistas digitales.

Por tanto, habrá de constar en el expediente de contratación que no se ha contratado con la misma persona física o jurídica uno o varios contratos que, en los términos arriba expuestos, de forma conjunta, superen los umbrales establecidos para los contratos SARA. Sin embargo, hay que tener en cuenta, como se verá más adelante en este apartado, que, atendiendo a la naturaleza y características de los contratos de suscripción a una base de datos, estos son susceptibles de que se les aplique la previsión que el propio art. 118.3 establece como excepción a la regla de la incompatibilidad que en él se recoge; es decir, la posible existencia de derechos exclusivos relacionados con la propiedad industrial e intelectual de los contenidos de las bases de datos supondrá tener que acudir al procedimiento negociado sin publicidad por aplicación del art. 168.a).2º LCSP, circunstancia que excluye la limitación impuesta por el 118.3 tal como se establece en este precepto[15].

En aquellos otros supuestos en los que se superen los umbrales establecidos para considerar a un contrato como SARA, habrá que determinar qué régimen jurídico y qué procedimiento es aplicable.

15 No obstante, es preciso tener en cuenta que, en la fecha de entrega del presente trabajo, la disposición adicional trigésimo cuarta del borrador de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 prevé suprimir la exigencia contenida en el art. 118.3 de la LCSP, por lo que, en su caso, habría que estar a la nueva redacción del precepto y, por tanto, a la posible eliminación del limite a contratar por un mismo contratista con un mismo órgano de contratación si hubieran suscrito, en el último año, más de un contrato de acceso a una base de datos que, en conjunto, superen el umbral establecido para los contratos SARA.

Por lo que respecta a las fases de preparación y adjudicación de los contratos SARA de suscripción a una base de datos, el art. 26 de la LCSP, en su apdo. primero establece que estos contratos, respecto de los poderes adjudicadores Administraciones Públicas (en adelante, PAAP), se sujetarán al articulado de las secciones 1 y 2 del Capítulo I del Título I del Libro segundo de la LCSP, referidas a la preparación y adjudicación de los contratos, a sus normas de desarrollo y, supletoriamente, a las restantes normas de derecho administrativo o a las de derecho privado en su caso. En cuanto a los contratos de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas (en adelante, PANAP), el apdo. segundo del citado art. 26 se remite, respecto a su preparación y adjudicación, a la regulación que les dedica el Título I del Libro tercero, el cual se remite igualmente a las secciones anteriormente citadas.

En cuanto a los efectos y extinción, el art. 26 de la LCSP establece que los correspondientes a PAAP se regularán por el derecho privado, quedando sin embargo sujeto a la LCSP todo lo relacionado con las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución del contrato. En aquellos contratos que correspondan a un PANAP, aplica lo dispuesto para los PAAP, con las siguientes particularidades: se regirá por la LCSP, además, las cuestiones relativas a materia medioambiental, social y laboral, la racionalización técnica de la contratación, así como la aplicación de la resolución del contrato por la imposibilidad de ejecutarlo en los términos inicialmente pactados en aquellos casos en los que no sea posible su modificación por las causas previstas en él.

Ahora bien, si ha de aplicarse determinados aspectos de la LCSP respecto de los efectos y extinción, surge inmediatamente la duda de a qué tipo de contrato corresponde uno de acceso a una base de datos –si de servicios o de suministro– a los efectos de determinar su régimen jurídico. A esta cuestión respondió la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE) en su informe 40/2009, según el cual, atendiendo al CPV *servicios de suministro bases de datos* (actualmente *servicios relacionados con base de datos*), que quedaba encuadrado en la antigua categoría 7 del Anexo II de la ley anterior, cabía considerarlos como contratos de servicios. Aunque si bien con la nueva LCSP han desaparecido las categorías de contratos de servicios, podría considerarse que este criterio interpretativo sigue siendo válido. Este mismo criterio, además, fue el adoptado anteriormente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia (en adelante, JCCAG) en su informe 4/2008, haciéndolo extensivo al resto de suscripciones, esto es a revistas y publicaciones periódicas.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que una suscripción a una base de datos es una suscripción en todo caso, y la LCSP, como se ha dicho, la equipara a

las suscripciones de publicaciones periódicas. Si utilizásemos el argumento esgrimido por la JCCPE en su informe de tomar como referencia el CPV, resultaría que los códigos referidos a revistas y publicaciones periódicas empiezan por los dígitos 22, lo que, atendiendo al ya derogado Anexo II de la antigua LCSP, quedaría fuera de los contratos de servicios, y sólo cabría acudir a los contratos de suministros.

De ello se puede inferir que la contratación de una base de datos que tenga por objeto una mera suscripción de la misma, junto con los servicios conexos a dicha suscripción considerados imprescindibles según la nueva redacción de la disposición adicional novena de la LCSP –como por ejemplo asistencia técnica y mantenimiento–, toda vez que su CPV, *paquetes de software de bases de datos y de funcionamiento*, tiene como dos primeros dígitos el 48, se encontraría fuera de la extinta categoría 7 de contratos de servicios, luego habría de regirse, *sensu contrario*, por lo establecido para los contratos de suministro.

Por tanto, aunque la naturaleza de un contrato de acceso a una base de datos se equipare fundamentalmente, tanto por la JCCPE como por la JCCAG, con un contrato de servicios, existen suficientes argumentos como para considerar que tales contratos pueden contener verdaderamente ciertas trazas de un contrato de suministro, por lo que, teniendo en cuenta sobre todo el principio de libertad de pactos, a la hora de aplicar las especialidades que el art. 26 de la LCSP reserva a su regulación respecto a los efectos y extinción, podrá acudirse a ambos regímenes, atendiendo a la importancia y naturaleza de los servicios ligados a la suscripción, debiéndose regular tales consideraciones en el pliego administrativo de forma expresa, clara e inequívoca.

Así pues, los contratos que tengan por objeto la suscripción a una base de datos, los cuales tienen naturaleza privada, se tramitarán a través del procedimiento que la LCSP establece en su art. 118 para los contratos menores –lo que de facto introduce una justificación excepcional de contrato menor por razón del objeto y no de la cuantía–, y si son contratos SARA habrá que estar, en cuanto a la preparación y adjudicación, a lo dispuesto en la LCSP para los procedimientos generales, mientras que respecto a las fases de ejecución, efectos y extinción se estará a las normas de derecho privado con las salvedades señaladas anteriormente. En tal sentido se pronuncia la JCCAG en el anteriormente citado informe 4/2008.

Por tanto, cuando estos contratos sean SARA, se acudirá a los procedimientos de adjudicación que prevé la LCSP, que son el abierto, restringido, negociado con licitación, diálogo competitivo y la reciente asociación para la innovación.

Ahora bien, los contratos de suscripción a bases de datos, aún cuando su importe supere el umbral establecido para los contratos SARA, pueden pre-

sentar, en atención a su propio objeto y naturaleza, una particularidad que les hace alejarse de los principios de concurrencia, libre competencia, publicidad y transparencia que, de forma transversal, afecta todo lo relacionado con la contratación pública y que el considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE conmina a respetar durante todo el proceso de adjudicación de los contratos. Ello tendrá lugar cuando la contratación que tenga por objeto la suscripción a una base de datos se tramite mediante el procedimiento negociado sin publicidad, conforme a lo dispuesto en el art. 168.a) 2º de la LCSP, por solo poder encomendarse a un único empresario en razón de la protección de derechos exclusivos, dentro de los cuales se encuentran incluidos los derechos de propiedad intelectual.

En este sentido, se considera a las bases de datos como obras protegidas por la propiedad intelectual según lo dispuesto en el art. 12[16] del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. El apdo. segundo del citado precepto señala que se entiende por bases de datos, a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica, y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma. Con ello, la LPI entiende que las bases de datos son una obra de esfuerzo e inversión por parte de quien las crea y que, por tanto, dicho trabajo debe ser protegido, ya que la creación de una base de datos no deja de ser, al final, la creación de una obra intelectual.

Para que una base de datos sea considerada, a los efectos de la LPI, como tal, debe de cumplir, como requisitos, que contenga una recopilación de elementos independientes organizados de una manera sistemática y metódica, y que esté sujeta a algún tipo de instrumento técnico (electrónico o manual), lo que permita que los elementos integrantes de la base de datos puedan ser fácilmente localizados y accesibles de manera individual[17].

Por otro lado, para que una base de datos pueda estar protegida por la propiedad intelectual, ha de estar protegida bien por los derechos de autor bien por el derecho *sui generis* que la LPI en su art. 133 reconoce para las bases de datos.

16 Art. 12 redactado por el art. 1 de la Ley 5/1998, 6 marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

17 «Las bases de datos: obras protegidas por la ley de propiedad intelectual (derechos sui generis)». Artículo de Eva Muñoz Deiros, abogada en nuevas tecnologías, publicado en su blog el 18 de diciembre de 2012.

A tales efectos, para que una obra esté protegida por los derechos de autor, precisa ser original. La originalidad de una base de datos como obra, dada su singularidad, reside en su estructura. Por lo que respecta a su protección por el derecho *sui generis*, este derecho ampara la inversión sustancial por parte de quien realiza la base de datos (denominado fabricante), entendida no solo como una inversión económica, sino sobre todo como una inversión de trabajo, horas y esfuerzo que merecen y deben ser protegidos. A ello se refiere el art. 133.1 LPI al señalar que el derecho *sui generis* sobre una base de datos tiene por objeto proteger la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante, para la obtención, verificación o presentación de su contenido, entendiéndose como criterios cualitativos, en términos de inversión, los de esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza. Si una base de datos es original pero no supone una inversión sustancial –señala el Tribunal Supremo– podrá ser protegida por los derechos de autor, pero no por los derechos *sui generis*, y viceversa[18].

En definitiva, una base de datos estará protegida por la LPI cuando cuente con una estructura original y/o cuando el fabricante haya llevado a cabo para su creación una ímproba inversión económica o de esfuerzo.

Pues bien, lo anteriormente señalado en cuanto a las bases de datos como obras protegidas por la LPI, importa a los efectos de aplicar a los contratos de suscripción a una base de datos celebrados por un poder adjudicador lo dispuesto en el art. 168.a) 2º de la LCSP, según el cual se podrá acudir al procedimiento negociado sin publicidad cuando el contrato sólo pueda ser encomendado a un determinado empresario porque le sea aplicable la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Señala este precepto que tal circunstancia tendrá lugar cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato. Por otro lado, el informe 40/2009 de la JCCPE[19] se refiere a la procedencia del procedimiento negociado sin publicidad en este tipo de contratos por falta de competencia en el mercado, en atención a las concretas características de una base de datos.

18 Sentencia 572/2012, de 9 de octubre, del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil).

19 El referido informe se refiere a una consulta formulada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, según el cual, por tratarse de una suscripción imprescindible a una base de datos cuyas características solo reunía una empresa, únicamente cabía su contratación mediante procedimiento negociado sin publicidad al amparo de lo dispuesto en el art. 154.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, siempre que quedase acreditado suficientemente esta circunstancia con referencia a todo el territorio de la Unión Europea.

Por tanto, un contrato de suscripción de una base de datos con un valor estimado superior a los umbrales fijados para los contratos SARA, cuya estructura sea original o en el que el fabricante haya realizado una importante inversión económica o de esfuerzo, y en tanto se verifique que el contrato sólo puede encomendarse a un único empresario por no existir alternativa a lo que se pretende contratar, se tramitará a través de un procedimiento negociado sin publicidad[20], y únicamente en los supuestos en los que no se den tales circunstancias se deberá acudir a los demás procedimientos previstos en la Ley.

Sin embargo, la contratación referida a una base de datos no tiene por qué tener siempre como objeto su suscripción, pudiéndose contratar la creación de una base de datos, en cuyo caso no encajaría en el supuesto del art. 25.1.a), y por tanto no estaríamos ante un contrato privado en razón de su objeto, sino que por ser un desarrollo un *software* especifico, habría que considerar su objeto como propio de un contrato público, lo que será objeto de estudio en el siguiente apartado.

B. **El contrato de *software*: naturaleza jurídica**

Aislada la contratación de acceso a una base de datos de la contratación de *software*, es preciso identificar en primer lugar qué tipo de contrato nos encontramos cuando se pretende contratar un servicio que tiene por objeto un programa de *software*.

Desde un punto de vista jurídico, un programa de ordenador (*software*), se clasifica por el Real Decreto Legislativo 1/1996 como un objeto de propiedad intelectual[21], perteneciendo esta a los denominados activos intangibles. El término *activo intangible* tiene raíz económica, y es la faz no material de los activos de una empresa, puestos en relación con los activos tangibles, definiéndose según

20 Si bien la Recomendación de la JCCPE, de febrero de 2018, sobre diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la LCSP, señala en su apdo. 3.4 que el uso del supuesto de la exclusividad técnica del art. 168.a).2º en este tipo de contratos será el más habitual, habrá de ser imprescindible acreditar que no existe una alternativa o sustituto razonable en el mercado. Así lo exige el Considerando 50 de la propia Directiva 2014/24/UE cuando indica que «en razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales», y que «cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular».

21 El art. 10.i) de la LPI señala que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas los programas de ordenador.

la normativa europea como un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física[22], y que se vincula con las cosas incorporales, frente a las corporales, según la clasificación que ya aparecía en las Instituciones de Gayo en el siglo II d.C. La existencia de esta *res incorporalis* surgía del derecho, tales como una herencia, un usufructo, las obligaciones de cualquier modo contraídas y las servidumbres. Esta clasificación, *mutatis mutandi*, ha pasado a los sistemas modernos de propiedad sobre los bienes inmateriales, es decir, aquellos productos del talento o del ingenio, también conocidos como derechos de propiedad intelectual o derechos intelectuales. Por otro lado, que el criterio de la tangibilidad determine la naturaleza tangible –o lo contrario– de un bien o una cosa, como sinónimo de palpable, no agota los requisitos para ser considerado normativamente como activo empresarial intangible. Así, algunos activos intangibles pueden estar contenidos en, o contener, un soporte de naturaleza o apariencia física, como un disco compacto o pen drive en el caso de un *software*, y conservar su carácter inmaterial[23].

Identificada así la naturaleza jurídica de un programa de ordenador como propiedad incorporal (una forma de activo intangible), a los efectos de determinar la naturaleza jurídica de un contrato que vaya a tener por objeto el desarrollo y/o suministro de un programa de *software*, habrá que acudir en primer término al tratamiento que le da la LCSP a los bienes incorporales en general y a los programas de ordenador en particular como un tipo de bien incorporal. Al respecto, el art. 9.2 de la Ley señala que, sin perjuicio de su consideración como bien incorporal –los cuales quedan excluidos del ámbito objetivo de la LCSP–, la contratación de un programa de ordenador se sujetará plenamente a dicha Ley desde el momento en que se califique como un contrato de servicios o de suministro. En similares términos se expresa más adelante el art. 16.2 LCSP, referido al contrato de suministro, cuando señala que no tendrán la consideración de contratos de suministro los relativos a propiedades incorporales o valores negociables, excepto los referidos a programas de ordenador.

No obstante lo anterior, la JCCA, a través de informe 2/2016, señala que el uso de un programa informático de gestión de expedientes y procedimientos administrativos por medios electrónicos no constituye una propiedad incorporal, por cuanto el objeto del contrato no lo constituye la adquisición de una licencia

22 NIC 38/Reglamento 1126/2008.

23 En este sentido, se pronuncia Rodrigo Ramírez Herrera, abogado especializado en litigación compleja, intangibles y negocios internacionales, en su artículo «Litigación compleja, intangibles y negocios internacionales» (http://www.lvcentinvs.es/2017/07/21/los-derechos-de-propiedad-intelectual-como-especie-de-activos-intangibles/)

corporativa ni derechos intelectuales, sino que lo constituye la adquisición de los permisos necesarios para utilizar la aplicación de gestión electrónica de documentos. Considera esta Junta Consultiva que un contrato que tenga por objeto la adquisición de una herramienta informática de gestión constituye un contrato típico de servicios ya que, en aplicación de una interpretación funcional de la prestación –trae a colación al respecto las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania y de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*–, cabe considerarla como un bien tangible, y que el hecho de que para el acceso sea necesaria una licencia corporativa (que viene a establecer las condiciones de uso), no altera la naturaleza de la prestación, que es claramente un servicio. Concluye así pues el informe precisando que las licencias corporativas para un uso de un *software* como herramienta de gestión no constituyen derechos incorporales, sino medio de autorización para la utilización de los servicios contratados a cambio de una contraprestación, lo que justificaría de manera suficiente que se califique como contrato de servicios.

Sin perjuicio de la validez de los fundamentos expuestos por el informe de la JCCA, como se ha señalado antes la propia LPI da a los programas informáticos la categoría de objetos sujetos a propiedad intelectual, y la misma LCSP los considera como una forma de propiedad incorporal, lo que se evidencia cuando esta Ley señala, de forma expresa, que son contratos excluidos de su ámbito objetivo los referidos a propiedades incorporales excepto los que recaigan sobre programas de ordenador y deban de calificarse como de suministro o servicios. En definitiva, la contratación de *software* tiene por objeto la adquisición o desarrollo de programas informáticos, los cuales constituyen obras protegidas por los derechos de autor, con independencia de que su creador transfiera o no tales derechos, y que como tal están amparadas por una serie de derechos exclusivos de naturaleza moral y patrimonial[24].

24 Como señala Sol Beatriz Calle D'Alemán, abogada especialista en derecho comercial, en su artículo «Contratación informática: una visión crítica de la perspectiva española» (*Opinión Jurídica*, 2, vol. 1, 2002, pp. 91-112) la creación de *software*, su desarrollo y su implementación son bienes extraños a nuestro derecho que hoy en día han sido enmarcados dentro de la propiedad intelectual como verdaderas creaciones del intelecto humano susceptibles de protección. La tendencia a considerar este tipo de bienes dentro del derecho de autor y no de patentes deviene de los Estados Unidos y su práctica a través del *common law*, que requería una legislación eficaz que protegiese los derechos de los proveedores de *software*, puesto que el registro del *software* como patente hubiese implicado la difusión de las ideas y algoritmos que sustentan la invención. De ahí que fuera imponiéndose el derecho de propiedad intelectual sobre el de propiedad industrial en la regulación de este tipo de bien.

Sea como fuere, queda fuera de duda que todo contrato que tenga por objeto la adquisición o la adquisición y mantenimiento de un programa de *software* entra dentro de la órbita de la LCSP y ha de sujetarse a lo dispuesto por ella.

a) ***Contrato de desarrollo y contrato de licencia***

Para identificar qué tipo contractual es aplicable a un contrato de *software*, se estima conveniente estudiar sucintamente y de forma previa la diferencia entre un contrato de desarrollo de *software* y un contrato de licencia de *software*[25].

El contrato de desarrollo de *software* es aquel por el cual el contratista se compromete a crear y entregar un programa. El programa puede pasar, o no, a ser de la propiedad de la entidad contratante, en cuyo caso también adquiere el código fuente y el contratista transmitirá los derechos patrimoniales derivados de su autoría[26]. Se corresponde con lo que, en un punto anterior del trabajo, se ha identificado como *software* a medida.

Por otro lado, el contrato de licencia de *software* es aquel que tiene por objeto autorizar uno o varios usos o actos de explotación de una obra protegida. Aquí el titular del derecho de autor –el contratista– no transfiere o cede la titularidad de tales derechos a la entidad contratante, sino que los mantiene en su poder, y se limita a autorizar a esta, de manera exclusiva o no, los distintos usos o actos de explotación del programa informático. Asimismo, el alcance de tales autorizaciones podrá variar según el tipo de licencia, pudiendo llegar a comprender la modificación y redistribución del programa, así como el acceso al código fuente

Dentro del contrato de licencia, y dejando al margen otros criterios clasificatorios, se puede distinguir a su vez entre licencia de *software* estándar o generalizado, y licencia de *software* personalizado. Afinando la cuestión, dentro de la licencia de *software* personalizado se puede distinguir otras dos posibilidades, cuyas diferencias se explican acudiendo a dos conceptos similares aunque no

25 Para un estudio más profundo sobre los distintos tipos de contratos de *software*, se recomienda el artículo «Cuestiones jurídicas en torno a los contratos de desarrollo y licencia de software» (*Revista la propiedad inmaterial*, 16, noviembre de 2012, pp. 103-135), de Juan Carlos Monroy Rodríguez, profesor especializado en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías en la Universidad Externado de Colombia.

26 En la contratación de desarrollos de *software* a medida, la Administración, como práctica habitual, se reserva los derechos de explotación del mismo con exclusividad y a todos los efectos; derechos de explotación que son relativos a la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, de lo que deberá dejar constancia expresa en el pliego administrativo.

idénticos: implantación e implementación. La implantación se refiere a aquel *software* que se puede instalar y parametrizar sin necesidad de modificar el código fuente, y la implementación alude a la necesidad de hacer modificaciones o nuevos desarrollos que implican programación y modificación de los códigos fuente. Así, respecto del contrato consistente en la parametrización e implementación de *software*, en cuanto que implica la modificación del código fuente y comprende actividades propias de un contrato de desarrollo de *software*[27], le es de aplicación lo establecido para dicho contrato –y por tanto siendo equiparable a él– salvo lo relativo a la transferencia de derechos patrimoniales de autor.

La distinción entre un contrato de desarrollo de *software* –o uno de licencia parametrizable similar en sus características– y otro de licencia de *software* estándar interesa a los efectos de calificar jurídicamente el contrato, como se verá en el siguiente apartado.

b) *Tipología contractual del contrato de* software

Para determinar si un contrato que tenga por objeto un programa de *software* ha de tener la calificación jurídica de un contrato de suministro o uno de servicios[28], la respuesta se encuentra en el propio art. 16 de la LCSP, en su apdo. 3.b), al señalar que tendrán la consideración de contratos de suministro los que tengan por objeto la adquisición o arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicación o de tratamiento de información, así como sus dispositivos y programas y la cesión de derecho de uso de estos últimos. Sin embargo, sigue señalando el precepto, cuando la adquisición de un programa de ordenador implique el desarrollo del mismo, habrá de calificarse como un contrato de servicios.

No obstante, a menudo no es fácil identificar si nos encontramos ante un simple suministro de un programa de *software* (lo que viene siendo el habitual paquete de *software*), o bien ante un servicio por cuanto el suministro implicase un cierto desarrollo, en mayor o menor grado, de un programa concreto para un poder adjudicador determinado.

Sobre dicho asunto, el suministro de un programa de *software* de una empresa o profesional a un poder adjudicador puede tener por objeto un programa estándar rígido, un programa parametrizable (es decir, un programa estándar en

27 Actividades de compilación, instalación, personalización, migración de datos, capacitación y entrega de documentación.

28 Dejando aparte la obvia falta de encaje de este objeto en los contratos de obras y de concesiones de obras, también debe descartarse como tipo contractual para un suministro o un desarrollo de *software* la concesión de servicios, pues difícilmente puede imaginarse el traslado de un riesgo operacional significativo al contratista en un contrato de tales características.

el que se producen una serie de ajustes o adaptaciones a las características y necesidades de la entidad contratante), o bien un programa hecho a medida de la entidad que lo va a contratar, lo que tendrá consecuencias a la hora de determinar si se trata de un contrato de suministro o uno de servicios.

Por otra parte, la JCCPE señala en su Informe 4/2016 que la diferencia fundamental entre un programa a medida y un programa estandarizado es que en el primero se adquiere la propiedad del mismo, lo que implica poder enajenar, ceder y utilizar libremente ese programa así como, en la medida en que se adquiere también el código fuente del mismo, poder modificar ese programa con cualquier finalidad. Por el contrario, en un programa estandarizado, el órgano de contratación no adquiere la propiedad, sino únicamente la licencia de uso del mismo. Tampoco tiene derecho a modificarlo, incluso en el caso de que pudiera hacerlo sin el código fuente del mismo, ni a enajenarlo[29].

Es decir, en definitiva, el inciso final del art. 16.3.b) de la LCSP viene a indicar que si el programa que se adquiere es un programa desarrollado a medida, quedando dicho programa en propiedad de la Administración, estaremos ante un contrato de servicios, en tanto que si se trata de un programa estandarizado, con adquisición o no de su propiedad por la Administración, así como de un desarrollo de un programa a medida sin transferencia de la propiedad, el contrato será de suministro.

Por otro lado, la contratación de un programa de *software* supone la mayoría de las veces, además del propio suministro, un mantenimiento del mismo. Y si bien el art. 298 de la LCSP señala que en los contratos de arrendamiento, que suponen una modalidad de contrato de suministro por el que se cede el derecho de uso durante un periodo de tiempo determinado, implican el servicio de mantenimiento[30], en el caso concreto del suministro de un programa estándar

29 En este sentido, el art. 196.3.d) del antiguo Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, contenía una redacción en la misma línea en la que se pronuncia la JCCPE en el informe citado, y que ayuda a interpretar, al relacionarlo con el actual art. 16.3.b) de la LCSP, qué se considera como contrato de servicios respecto de un programa de *software*. Señalaba el precepto que se considerarían como contrato de servicios los de desarrollo a medida de un programa de ordenador para la Administración, de libre utilización por ella.

30 Así, por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación de la Generalidad de Cataluña, concluye en su informe 5/2012, que en el contrato de *renting* –o contrato de arrendamiento de bienes muebles sin opción de compra–, como modalidad del contrato de suministro, el arrendador o empresario tiene que asumir durante el plazo de vigencia del contrato la obligación del mantenimiento de lo suministrado, de conformidad con la naturaleza y los elementos que configuran esta tipología contractual, así como con lo que dispone el art. 290 del TRLCSP.

rígido de *software* pudiera conllevar, cuando así viniese recogido en las prescripciones técnicas definidoras de su objeto, un mantenimiento que no se limitase a la actualización puntual y periódica del programa, sino a una asistencia personalizada a través de un servicio técnico de asistencia disponible para la entidad contratante, surgiendo la duda de si entonces tal mantenimiento no implicaría realmente una prestación de servicios.

Sobre tales consideraciones se pronunció de forma bastante clarificadora, en primer término, la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía mediante informe 10/2009, señalando que la adquisición del derecho de actualizaciones y soporte *software* de las licencias del producto, y la entrega y acceso a los parches y correcciones de errores relativas a dicho *software* así como el acceso a las nuevas versiones liberadas, entrarían dentro del concepto de suministro, mientras que, por otro lado, la atención y resolución de incidencias vía telefónica y por correo electrónico constituirían prestaciones propias de un contrato de servicios.

Por su parte, el anteriormente citado informe 4/2016 de la JCCPE, en la misma línea que el arriba indicado, aborda la calificación jurídica de un contrato de actualización de *software*, según el cual en relación con programas estandarizados, el art. 16.3.b) de la LCSP se refiere tan solo a la adquisición, el arrendamiento y la cesión del derecho de los mismos, por lo que habrá que interpretar si la actualización de programas ya adquiridos, de programas de carácter estandarizado, se puede equiparar con la adquisición, el arrendamiento y la cesión del derecho de uso de los mismos y calificarse por tanto como contrato de suministros, o bien, en caso de no poder equipararse, calificarse como contrato de servicios[31].

31 Al afrontar esta cuestión el informe considera, en primer lugar, que la actualización de un programa estandarizado no conlleva ningún tipo de actuación compleja, sino tan sólo la mejora, el parcheado o la corrección de fallos (*bugs fixing*) en el mismo, lo que forma parte del desarrollo normal de cualquier programa estandarizado del que se venden licencias de uso tales como sistemas operativos, paquetes de procesamiento de textos, tablas de cálculo, etc. En este supuesto, resalta el informe, resulta difícil sostener la calificación como contrato de servicios puesto que el contratista únicamente suministra una nueva versión del programa ya adquirido, por lo que habría que entenderse como un contrato de suministro.

Sin embargo, puntualiza el informe, en el supuesto en el que la actualización del programa implicase tareas complejas como la incorporación de nuevas funcionalidades al mismo, la instalación o adaptación de los equipos o sistemas que emplean los programas o incluso la formación del personal destinado a su utilización, se podría considerar la calificación de la actualización como un contrato de servicios en la medida en que no solamente se entrega el programa sino que también se desarrollan actividades complejas destinadas a la utilización del mismo. En este supuesto, podría considerarse que el contrato contiene elementos pro-

De esta forma, la Junta considera que desde el momento en el que las prestaciones de mantenimiento del contrato no incluyan labores adicionales complejas de actualización, propias de un contrato de servicios, cabe concluir que se trataría de un contrato de suministro.

Por último, estaremos ante un contrato mixto en aquellos supuestos en los que se produzca alguna combinación de elementos propios de contratos de suministro y de servicios, en cuyo caso, tal como establece el art. 18.1.a) de la LCSP, se deberá atender al valor estimado de cada uno de dichos elementos para determinar qué régimen –el de servicios o el de suministro– deberá regir el contrato y su procedimiento de adjudicación. Dicho precepto sigue el criterio establecido por la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública[32].

En cualquier caso, la calificación jurídica de suministro o de servicios del contrato, atendiendo a su naturaleza, implicará diferencias sustanciales en la fase de ejecución, efectos y extinción, lo que alerta de lo crítico que es llevar a cabo una adecuada calificación del contrato que permita responder eficaz y oportunamente a las necesidades a las que atiende.

III. EL CONTRATO DE *SOFTWARE*: ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A SU PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN

1. La preparación del contrato de *software*

La preparación de todo contrato constituye la primera fase del procedimiento de adjudicación, y cobra capital importancia porque es en esta fase donde se van

pios del contrato de servicios, ya que no implica únicamente la actualización del *software*, sino también una serie de actuaciones adicionales a la misma.

32 El art. 3.2 de la Directiva señala que en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros. Este criterio cuantitativo para determinar el régimen jurídico a aplicar en un contrato mixto de servicios y suministro (aplicable también a los contratos que combinen prestaciones de servicios y de servicios sociales y otros específicos a los que se refiere expresamente la norma) se separa del criterio cualitativo seguido para el resto de contratos, los cuales, indica el mismo precepto, se adjudicarán conforme a las disposiciones aplicables al tipo de contratación que caracterice el objeto principal del contrato, siguiendo el criterio establecido reiteradamente por la jurisprudencia del TJUE (entre otras, las sentencias de 5 de noviembre de 1989, asunto C/88, Comisión contra la Republica Italiana o de 18 de enero de 2007, Asunto C-220/05, J. Auroux y otros con Commune de Roanne). La JCCAA profundiza en este tema en su informe 10/2014.

a fijar las necesidades a satisfacer y las reglas del proceso de selección, e influirá en la posterior vida del contrato en su fase de ejecución y extinción. Es más, una acertada y adecuada definición –o la constatación de su insuficiencia– respecto de las características y requisitos técnicos que ha de tener el programa de *software* que se pretende contratar, y su implementación, para responder a las necesidades de la entidad contratante, determinará si acudir a un procedimiento ordinario (abierto o restringido) o si cabe una mayor participación de los licitadores durante la fase de adjudicación a través de un procedimiento extraordinario (negociado, diálogo competitivo o, en su caso, de asociación para la innovación), a fin de ultimar la definición de las características del servicio a contratar.

Además del informe de necesidad e idoneidad del expediente, la memoria justificativa y pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, se introduce por la LCSP por vez primera, transponiendo el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE, la posibilidad de que formen parte de esta fase preparatoria las consultas preliminares al mercado[33], reguladas en su art. 115, precepto que precisamente abre la Sección 1ª, Capítulo I, Título I del Libro Segundo, dedicada a la preparación de los contratos.

Estas consultas preliminares adquieren particular relevancia en aquellos contratos especialmente complejos en los que la entidad contratante necesite estudiar previamente las diferentes opciones existentes en el mercado, con el objetivo de delimitar adecuadamente las prescripciones técnicas que definan las soluciones que deban de responder a los fines y necesidades de la entidad.

Puede considerarse que, debido a que las TIC y programas informáticos y de *software* son de pronta obsolescencia, quedándose fácilmente desactualizados, y en todo caso teniendo en cuenta que las soluciones que ofrece el mercado en el sector presentan unas características muy dinámicas y cambiantes –siendo a menudo superadas por otras novedosas en poco tiempo– no estaría de más que, sobre todo en aquellos servicios que se pretendan contratar especialmente complejos, se lanzase al mercado una consulta previa a la apertura del proceso de adjudicación a fin de recabar información lo más veraz posible[34] y cumplir así con los principios de eficacia y eficiencia en la utilización de los recursos públicos,

33 Señala el art. 40 de la Directiva que antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación, y para ello podrán solicitar el asesoramiento de expertos o autoridades y de participantes en el mercado.

34 Como bien señala Fco. Javier Vázquez Matilla en su artículo «Las consultas preliminares del mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública», «a mayor información, mayor definición del objeto del contrato», lo que sin duda redunda en un procedimiento más eficaz.

control del gasto público y búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa, los cuales se configuran como principios generales del derecho contractual[35].

De la información obtenida de las consultas llevadas a cabo, podrá tomarse una decisión más fiable de a qué procedimiento acudir. Así, si de las consultas se dedujese que la necesidad del poder adjudicador puede ser satisfecha con un producto *software* disponible en el mercado, lo lógico sería acudir a un procedimiento abierto o restringido, mientras que, si por el contrario, resultase que no hay un *software* disponible que se ciñese a tales necesidades y hubiere que desarrollar uno novedoso, o que hubiese de mejorarse o adaptarse uno ya existente, se recomendaría tramitar un procedimiento negociado, de diálogo competitivo o de asociación para la innovación, dependiendo del grado de desarrollo e innovación demandado.

2. Procedimientos de adjudicación en la contratación de *software*

Como se ha señalado con anterioridad, los contratos de *software* podrán tramitarse por cualquiera de los procedimientos previstos por la LCSP, ya sean abierto o restringido (procedimientos ordinarios) o negociado en cualquiera de sus modalidades, diálogo competitivo o asociación para la innovación (procedimientos extraordinarios).

Es preciso aclarar que la elección del procedimiento, ordinario o extraordinario, dependerá en gran medida del hecho de que el programa de *software* a contratar se ciña a un suministro de un paquete estándar (y en su caso, las actualizaciones correspondientes en concepto de mantenimiento) o bien implique un desarrollo para su implementación, o exija un mantenimiento que vaya más allá de actualizaciones y parcheados. En otras palabras, las contrataciones de un *software* que se califiquen como un contrato de suministro tenderán a que su tramitación se lleve a cabo por procedimiento abierto o restringido, mientras que los que se califiquen como un contrato de servicios o mixto propenderán a la negociación de los términos del contrato durante el proceso de adjudicación.

No obstante lo anterior, antes de iniciar un procedimiento de licitación, ordinario o no, habrá que estudiar la posibilidad de que la contratación de un *software* determinado, ya sea un contrato de desarrollo o un contrato de licencia, no

35 En este sentido, según el informe 19/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, estas consultas constituyen un mecanismo muy recomendable por estar dirigido a la consecución de contrataciones públicas más eficaces y eficientes, como pieza fundamental de una adecuada planificación y preparación de los procedimientos de contratación pública.

suponga tener que renunciar a la concurrencia y a la competencia y tener que acudir, en cambio, a un procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad por razones técnicas o de propiedad intelectual[36].

A. **Procedimientos ordinarios**

Sobre tales procedimientos, ya sea en su modalidad abierta o restringida, cabe tan solo reiterar que tendrán lugar cuando las prescripciones técnicas estén perfectamente definidas, de modo que no sea necesario que durante el proceso haya un periodo de diálogo con los participantes en la licitación sobre dichas especificaciones[37]. Tratando de evitar caer en conclusiones categóricas y absolutas, se puede considerar, con reservas, que este procedimiento es el idóneo para aquellos contratos de un *software* estándar en el que, o bien no sea parametrizable, o bien los términos de su parametrización no conlleven un desarrollo complejo, y que, en el caso de que hubiese una parte de asistencia y mantenimiento, esta no implicase una actuación adicional laboriosa y sofisticada.

Como tipos de contratos paradigmáticos de los procedimientos ordinarios nos encontramos con aquellos de suministros en los que el producto a proveer consista en un paquete de *software* extendido en el mercado y cuyas virtudes, conocidas por la entidad contratante, se amolden a sus necesidades. A modo de ejemplo de contrato de este tipo y procedimiento nos podemos encontrar con la contratación de herramientas ofimáticas, sistemas operativos o programas de almacenamiento y recuperación de datos (los denominados *backups*).

En cuanto a la diferencia entre un procedimiento abierto y un restringido, estriba en que se puede acudir a este último, además de para cumplir con la finalidad de limitar el número de licitadores mediante una selección previa de candidatos, de modo que sólo oferten los más solventes técnicamente[38], tam-

36 El art. 168.a).2º de la LCSP establece que se podrá acudir a un procedimiento negociado sin previa publicación de un anuncio de licitación cuando el suministro o servicio sólo pueda ser encomendado a un único empresario porque no exista competencia por razones técnicas o porque proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial. En cualquier caso, cuando concurran tales supuestos, no parece que acudir a este procedimiento sea una opción, sino precisamente un imperativo, ya sea legal o circunstancial.

37 Tanto el art. 156 (procedimiento abierto) como el 160 (procedimiento restringido) de la LCSP establecen que, en tales procedimientos, estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores o candidatos.

38 Así, el art. 160.4 de la LCSP señala que este procedimiento es especialmente adecuado cuando se trata de servicios intelectuales de especial complejidad, lo que puede ser el caso en contratos de *software*.

bién para aquellos otros supuestos en los que, sin estar ante un contrato calificado como secreto o reservado, el poder adjudicador estime oportuno no poner a disposición del público el pliego que contenga las especificaciones técnicas por contener cierta información sensible que pudiera comprometerle (por ejemplo por cuestiones de seguridad informática), y facilitárselo directamente a las empresas seleccionadas junto con la carta de invitación. De este modo no se limita la concurrencia y al mismo tiempo sólo se publicaría lo estrictamente necesario.

Aunque se haya vinculado el procedimiento ordinario a un contrato de suministro de un paquete de *software*, no deja de ser este un criterio un tanto reduccionista y simplista; habrá que ver, caso por caso, las necesidades del ente contratante y determinar cuál es el mejor procedimiento a seguir para satisfacerlas. Si ante un contrato de desarrollo de *software* el poder adjudicador considera que los requisitos técnicos establecidos en los pliegos son suficientes y adecuados para adjudicar directamente el contrato, incluir una fase negociadora será ineficiente y el único resultado será el de dilatar de forma innecesaria el procedimiento. Del mismo modo, no todo contrato de suministro de un paquete de *software* implicará de forma ineludible tener que recurrir a un procedimiento abierto o restringido, ya que, dependiendo de lo que se pretenda contratar, puede haber varias alternativas en el mercado para un mismo producto y ser necesario negociar con los licitadores las características finales, sobre todo en los contratos de suministro de *software* estándar parametrizable. Para ello, serán clave, en su caso, las consultas preliminares de mercado que puedan llevarse a cabo antes de iniciar el procedimiento.

B. Procedimientos extraordinarios

a) *Procedimiento de licitación con negociación*

Este procedimiento debería ser el más utilizado a la hora de contratar un programa de *software*, o al menos en los contratos que impliquen implementación y desarrollo en mayor o menor grado o supongan asistencia y mantenimiento mediante actuaciones complejas. Y a la postre, debería ser el procedimiento al que acudir por regla general, por cuanto los entes públicos necesitan, en la mayor parte de los casos, programas de *software* que requieren un desarrollo del mismo para adaptarse a sus necesidades y circunstancias.

Aunque se pretenda contratar un *software* estándar, este demandará a menudo adaptaciones específicas que cubran las particularidades del ente contratante, lo que ayudará a optimizar sus recursos internos, mediante la creación de toda una infraestructura de bases de datos internas, servidores, seguridad y en definitiva, toda clase de herramientas y programas informáticos al servicio

exclusivo de dicho ente, lo que nos conduce a tener en consideración, como procedimiento preferente, el negociado (o en su caso el diálogo competitivo). Además, la tendencia al procedimiento en el que exista una negociación con los proveedores no solo es ya por la propia idiosincrasia de la contratación de *software*, sino que desde la nueva Directiva 2014/24/UE se pretende impulsar y priorizar aquellos procedimientos en los que exista un diálogo y una negociación por ambas partes, en detrimento de los que limitan la participación activa de las empresas durante el desarrollo del proceso de adjudicación[39]. En este sentido ya se pronunció la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la contratación pública mediante informe de 2004, en el que se consideraba conveniente insistir en la procedencia de incrementar el marco de negociación para así obtener el resultado más óptimo a los intereses públicos (lo que responde al principio de eficiencia). A partir de la entrada en vigor de la nueva LCSP, se enfatiza la obligación de llevar a cabo una negociación de los aspectos técnicos y económicos que a tal efecto se establezcan en el pliego de cláusulas, a tenor del imperativo recogido en el art. 169.5 de la LCSP, el cual exige que el órgano de contratación, o los gestores técnicos en su caso, deberán negociar con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos[40].

b) ***Diálogo competitivo***

Establece el art. 172 de la LCSP que en este procedimiento el poder adjudicador abrirá un diálogo con los candidatos seleccionados a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades que servirán de base para que los licitadores presenten una oferta. De esto se infiere, y así ha venido siendo en la práctica, que el hecho diferenciador entre un procedimiento negociado y el que ahora nos ocupa es el nivel de conocimiento que sobre la

39 El considerando 42 de la Directiva contiene una recomendación clara al respecto, al señalar que es necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones, lo que facilitará el comercio transfronterizo. Este procedimiento ha demostrado ser útil en aquellos casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado. Esta situación puede presentarse, en particular (entre otros), en las redes o los proyectos informáticos de gran tamaño que requieran financiación compleja y estructurada.

40 De hecho, en la nueva LCSP se ahonda en la obligatoriedad de que siempre haya criterios de negociación, hasta tal punto que la ausencia de negociación generaría nulidad de pleno derecho. Al efecto puede estudiarse el Acuerdo 33/2015, de 9 junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

materia, en este caso el programa informático a desarrollar, tenga el ente contratante.

Si previa a la iniciación del expediente de contratación resultase que el poder adjudicador no tiene los conocimientos suficientes sobre el programa informático que pretende implementar ni siquiera para establecer los requisitos técnicos, jurídicos o financieros mínimos sobre los que basar la negociación con las empresas licitadoras (no estando por tanto en posición de negociar)[41], tendrá que acudir al diálogo competitivo, a fin de informarse con el mercado del sector antes de entrar en la fase de licitación.

A modo de observación –y sin mayor pretensión–, si bien esta era una diferencia que, con la anterior regulación a la nueva LCSP tenía toda razón de ser, sin embargo, con la introducción de la institución de las consultas preliminares al mercado, como parte de las actuaciones previas, a la que puede acudir el poder adjudicador desconocedor de las soluciones informáticas existentes que le puedan servir para satisfacer sus necesidades, puede parecer extraño que, si pudiendo utilizar este recurso, decida sin embargo estudiar el mercado en búsqueda de una solución una vez iniciado el procedimiento de adjudicación, si no es por una posible desconfianza en una nueva técnica procedimental que le haga recelar en cuanto a un probable incumplimiento de los criterios de igualdad, por participación en la elaboración de los pliegos de diversos operadores. El uso adecuado, empero, de las consultas preliminares debería reconducir en muchos supuestos este procedimiento a un negociado, en el que quedasen definidos los requisitos técnicos y económicos sobre los que negociar.

No obstante lo anteriormente señalado, puede ocurrir que, aún habiéndose realizado consultas previas, el poder adjudicador considere oportuno iniciar un diálogo competitivo (que en definitiva supone mayor flexibilidad que el negociado en cuanto a que los requisitos mínimos del contrato quedan por definir), cuando estime que las necesidades no pueden satisfacerse sin adaptar soluciones disponibles en el momento, cuando las necesidades requieran diseños o soluciones innovadoras, cuando el contrato no pueda adjudicarse sin previa negociación por causas relativas a la naturaleza de su objeto, su complejidad, estructura legal o financiera o por los riesgos asociados a estas, o cuando, en definitiva, no se pueda establecer con suficiente precisión las prescripciones técnicas[42].

41 Así lo establecía de forma expresa el art. 180.2 del derogado TRLCSP.

42 Según recomendaciones contempladas en la *Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación*, de la Comisión Europea.

c) ***Asociación para la innovación***

Se trata de un nuevo procedimiento de adjudicación[43], el cual se regula por primera vez en el ámbito europeo a partir de la Directiva 2014/24/CE, y de trasposición obligatoria por la LCSP. Obedece a aquellos supuestos en los que se requiera la prestación de un servicio, suministro de un bien o realización de una obra a partir de la generación de una idea o solución innovadora para dar respuesta a una necesidad que no puede cubrirse con otras soluciones existentes en el mercado, y que se desarrollará en fases sucesivas dirigidas a su implementación, según el éxito de la solución, en términos de calidad-precio, que vaya teniendo.

En este sentido, y cuando resulte que en el mercado no exista una solución informática que cubra las necesidades de la entidad contratante, y sea preciso innovar un *software* a tal fin, podrá iniciarse este procedimiento, el cual permite la adjudicación de un contrato por fases cubriendo todas las etapas, desde la I+D+i (investigación, desarrollo e innovación) hasta la contratación final.

En los pliegos que se publiquen habrá de destacarse la necesidad de un programa de *software* innovador que responda al objeto que se pretende, y los criterios de selección deberán estar relacionados con la capacidad de los candidatos para llevar a cabo la I+D y poner en marcha soluciones innovadoras. Finalmente, se procederá a la contratación de la creación del programa de *software* con el socio, o los socios, que más se ajusten a los niveles de rendimiento y coste acordados[44].

d) ***El procedimiento negociado sin publicidad***

Especial atención requiere este procedimiento. Si bien es una modalidad del negociado que se va a caracterizar por la falta de publicación previa de la licitación por causas tasadas recogidas en la Ley, debiéndose invitar directamente al menos a tres empresas (art. 169.2 de la LCSP), el examen de esta figura respecto de la contratación de un programa de *software* que aquí se haga se va a limitar a dos

43 Dicho procedimiento tiene su origen en las fórmulas procedimentales y de actuación que en el ámbito de los procesos contractuales ha proyectado la Unión Europea, concretamente en contexto del programa Horizonte 2020, el cual tiene por objeto financiar proyectos de investigación e innovación de diversas áreas temáticas en el marco europeo, con una clara finalidad social: fomentar la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías y soluciones al mismo tiempo que apoyar y ayudar a las pequeñas y medianas empresas de diversos sectores a contribuir, y si es posible a liderar, a dicho desarrollo y, asimismo, favorecer un reparto equitativo de la riqueza mediante la prestación de servicios y traspaso de conocimientos y métodos y técnicas de trabajo de un modo trasfronterizo.

44 IDEM a la nota anterior.

situaciones, las cuales tendrán como consecuencia la invitación a un único empresario: por los derechos de propiedad intelectual que en exclusiva le correspondan al creador del programa informático[45], y porque no exista competencia en el mercado respecto de un determinado programa o solución (muchas de las veces ambos motivos se solaparán). Así, la JCCPE en su informe 23/2010 señala que si concurren algunas de las circunstancias –las del art. 168.a).2º de la actual LCSP– no cabrá convocar la licitación, debiendo celebrarse el contrato necesariamente con la suministradora.

En otras palabras, se procederá a la adjudicación directa del contrato, que puede dar lugar de facto a una falta de negociación, ya que el contrato y sus estipulaciones técnicas serán las fijadas por el proveedor que cuenta con la exclusividad del producto y que, conocedor de la ausencia de competencia, pretenderá la formalización de un contrato único denominado contrato de adhesión. Tal situación se producirá especialmente cuando se trate de contratos de licencia de *software*, genérico o parametrizable, más que en contratos de desarrollo, ya que un paquete de *software* implica la compra de productos de distribución masiva, lo que habitualmente se ampara en contratos de adhesión de licencia de uso, debido a que en muchos casos habrá un único suministrador posible. Sin embargo, con la nueva LCSP se ha apuntalado la exigencia de negociación aún en estos supuestos de exclusividad, y tal como establece el art. 170.2 de la Ley, en los contratos en los que participe un único empresario, y siempre y cuando ello sea posible, se deberá negociar con él los términos del contrato. En previsión de este precepto, el órgano de contratación deberá, en la medida de lo posible, articular un proceso de negociación para que no sea la empresa la que establezca de forma unilateral las condiciones del contrato[46].

Acudir al procedimiento negociado sin publicidad supone, por tanto, la conculcación de los más elementales principios que rigen la actividad contrac-

45 El art. 10.1 de la LPI señala que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas los programas de ordenador. Así pues, el resultado de toda obra de contenido intelectual así como sus fases de desarrollo están protegidos por la propia LPI, por las Directivas comunitarias y por los Tratados internacionales y, en consecuencia, el desarrollo de un *software* en el marco de un contrato administrativo, estará protegido por dicha normativa en todas las fases de la licitación pública.

46 Si bien la libertad de pactos reconocida en el art. 34 de la LCSP permite a las partes fijar las cláusulas que ellos acuerden, estas no pueden ir en contra del interés público, del ordenamiento jurídico y de los principios de buena administración, por lo que en ningún caso podrán fijarse cláusulas que vulneren la LCSP, constituyendo en tal supuesto causa de invalidez contractual.

tual de los entes públicos (publicidad, concurrencia, trasparencia, competencia y búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa). Y ello solo podrá tener lugar cuando no sea posible concurrir a ninguno de los procedimientos que asegure una licitación, convirtiéndose en el procedimiento de adjudicación más extraordinario de todos, razón por la cual se deberá justificar adecuadamente en el expediente de contratación las causas que determinan que no se pueda acudir más que a una empresa para contratar un programa de *software* determinado[47].

A ello se refiere la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (en adelante, JCCAC) en su informe 2/2016, al indicar que el uso del procedimiento negociado debe ser objeto de una interpretación estricta y que, en todo caso, su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos: por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra, que estas razones hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada.

Hace recaer la JCCAC, en su informe, la carga de la prueba al órgano de contratación, no siendo suficiente la incorporación en el expediente de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la empresa que justifique que es el único que puede ejecutar la prestación objeto del contrato[48], sino que es necesario que el órgano de contratación mediante, en su caso, los servicios técnicos competentes, justifique y acredite de forma clara e irrefutable la exclusividad.

No obstante, el poder adjudicador no podrá aducir razones exclusivamente técnicas para iniciar un procedimiento negociado sin publicidad por el mero

47 En este sentido, el considerando 50 de la Directiva 2014/24/CE señala que en razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución. Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse.

48 El TACRC, en la Resolución 504/2014, establece que es necesario incorporar al expediente de los contratos adjudicados por procedimiento negociado por razones de exclusividad un certificado emitido por un técnico independiente de la empresa adjudicataria, en el cual se acredite efectivamente que esta es la única que puede realizar el objeto del contrato.

hecho de que haya un programa de *software* único con unas determinadas singularidades técnicas si hay al menos otro programa que, con otras especificaciones similares, puede cumplir con las necesidades de la entidad contratante con igual grado de satisfacción y con los mismos niveles de calidad, como así señala la JCCAC en su informe 15/2012[49].

En definitiva, antes de iniciar un procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad, en el expediente deberá constar una justificación de la empresa de que es la única en el mercado que puede suministrar el programa de *software*, justificación que podrá materializarse mediante certificado expedido por el Registro de la Propiedad Intelectual, título de la Propiedad Intelectual, certificado de los acuerdos de distribución, alquiler o préstamo de los que es beneficiario en caso de que no sea el titular (o elevar a escritura pública el correspondiente acuerdo con el titular de la Propiedad Intelectual), informe o certificado expedido por la Oficina Española de Patentes y Marcas o bien de organismo oficial que confirme o acredite la ausencia de competencia, y que, tras esto, el órgano técnico de la entidad contratante elabore un informe motivado que acredite como veraces los certificados e informes presentados, que no existe alternativa técnica válida para alcanzar el objeto del contrato, y que la ausencia de competencia no es resultado de una reducción artificial de los parámetros de la contratación.

IV. **CONSIDERACIONES FINALES**

Las entidades del sector público se ven obligadas a adquirir, cada vez más, herramientas informáticas y digitales de gestión para ejercicio de sus propias funciones, toda vez que las leyes administrativas y las políticas públicas empujan a dichas entidades a convertirse en entidades que se relacionan y tramitan sus procedimientos electrónicamente, por lo que va aumentando de forma progresiva el número de contratos que tienen por objeto la adquisición de programas de *software* como medios de gestión.

Así, la contratación de adquisición, actualización y mantenimiento de programas de *software* adquiere hoy día especial relevancia. Hay que tener en cuenta, al respecto, que el programa de *software* constituye un activo intangible o bien incorporal que, sin embargo, supone una excepción a la exclusión del ám-

49 Según dicho informe, si desde el punto de vista técnico se da la equivalencia funcional, nada tiene que impedir la concurrencia efectiva de las diversas propuestas de producto equivalentes.

bito de aplicación de la LCSP que le corresponde a los bienes incorporales, entrando así dentro del ámbito objetivo de la misma.

Sin embargo, en la medida en la que existen ciertos programas de *software*, en particular las bases de datos digitales, en los que la suscripción a las mismas se equipara a la suscripción de otras publicaciones periódicas –adquiriendo por ello naturaleza jurídica privada– se hace preciso diferenciar su contratación de los demás contratos de adquisición de un programa de *software*. Así, la contratación de una suscripción a una base de datos se regirá por las disposiciones contenidas en la LCSP en cuanto a su preparación y adjudicación, debiéndose someter al régimen privado por lo que respecta a su ejecución, efectos y extinción, con las salvedades que sobre dichos aspectos se reserva la LCSP. Para tales salvedades, se considera la suscripción a una base de datos como un contrato de servicios, sin perjuicio de que, atendiendo a la libertad de pactos, se pueda acudir a los preceptos referidos al contrato de suministros cuando el objeto del contrato así lo requiera.

En cuanto a su preparación y adjudicación, la suscripción a una base de datos se regirá por el régimen procedimental que la LCSP establece para los contratos menores en cuanto no supere los umbrales establecidos para los contratos SARA, constituyendo una excepcional justificación objetiva de aplicación del contrato menor. No le será de aplicación sin embargo, en este caso, la limitación temporal de un año ni de prohibición de prórroga, pero sí la limitación que el art. 118.3 establece para los contratos menores, debiéndose hacer constar en el expediente que no se ha contratado con la misma persona física o jurídica anteriores suscripciones que, dentro del mismo ejercicio, superen en conjunto con la que se pretende el umbral establecido para los contratos SARA. En aquellos supuestos en los que superen los umbrales de los contratos SARA, sin embargo, se tramitaran a través de cualquiera de los procedimientos regulados en la LCSP, sin perjuicio de la obligación de tener que acudir al procedimiento negociado sin publicidad por estar, la base de datos en cuestión, protegida por los derechos de autor o por el derecho *sui generis*, y siempre y cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

No tendrá tal consideración, no obstante, aquellas bases de datos sobre las que se pretenda, no la suscripción, sino un desarrollo *ad hoc* para una entidad que adquiera la propiedad de la misma, considerándose en tal caso un contrato de desarrollo de *software*, y por tanto, un contrato de servicios.

En este sentido, la contratación que tenga por objeto el desarrollo de un programa de *software* o la adquisición de una licencia de un programa de *soft-*

ware parametrizable que, para su implementación en el sistema de la entidad contratante, requiera de un cierto desarrollo complejo para su adaptación al mismo, y en la que, en ambos casos, el contratista ceda la titularidad de su creación renunciando a los derechos de propiedad intelectual que se deriven de su autoría, se califica como un contrato de servicios. Igual calificación jurídica tendrá un contrato que tenga por objeto el mantenimiento de un programa de *software* cuando dicho mantenimiento implique intervenciones y actuaciones complejas, y en todo caso que conlleve una atención personal y resolución de incidencias.

Por el contrario, la contratación que tenga por objeto la adquisición de una licencia de un programa de *software*, por la que el contratista cede varios usos o actos de explotación sobre la misma, manteniendo este la titularidad de su creación, y protegido, por tanto, por los derechos de propiedad intelectual que se deriven de su autoría, se califica como un contrato de suministro, e igual calificación jurídica merecerá aquel contrato que tenga por objeto el mantenimiento de un programa informático cuando dicho mantenimiento se limite a actualizaciones puntuales y periódicas del programa.

Habrá de calificarse, sin embargo, como contrato mixto aquel en cuyo objeto, de conformidad con los dos puntos anteriores, concurran elementos propios de un contrato de suministro y uno de servicios, en cuyo caso, le será aplicable el régimen jurídico que corresponda a la prestación, de suministro o de servicios, que tenga mayor valor económico estimado dentro del contrato.

Por otro lado, en un contrato de un programa de *software* calificado como un contrato de suministro, se acudirá, principalmente, a un procedimiento abierto o restringido, por cuanto en este tipo de contratos las prescripciones técnicas se encuentran, por regla general, perfectamente definidas, en tanto que en un contrato de un programa de *software* calificado como un contrato de servicios, se deberá acudir, principalmente, a una negociación con licitación o a un diálogo competitivo, y ello sin perjuicio de tener que acudir a un procedimiento negociado sin publicidad por razones de exclusividad cuando, en razón a los derechos de propiedad intelectual que le correspondan al creador de un programa de *software* y por no existir alternativa en el mercado a dicho programa.

En definitiva, como se trata de poner de manifiesto a lo largo del presente trabajo, se hace imprescindible, en un contrato que tenga por objeto la adquisición de un *software*, diseccionar de forma precisa qué se pretende contratar, a los efectos de poder diseñar adecuadamente el procedimiento a seguir, de modo que, a través de él, se pueda alcanzar el objeto del contrato proyectado y satisfacer así las necesidades de la entidad contratante del modo más eficaz posible.

V. **BIBLIOGRAFÍA**

ARENILLA SÁEZ, Manuel (2017): «Cuatro décadas de modernización vs. reforma de la Administración pública en España», *Methaodos. Revista de ciencias sociales*, 5 (2), pp. 302-317.

CALLE D'ALEMAN, Sol Beatriz (2002): «Contratación informática: una visión crítica de la perspectiva española», *Opinión Jurídica*, 2, vol. 1, pp. 91-112.

DEL PESO NAVARRO, Emilio (1995): «La contratación informática. Análisis jurídico desde una perspectiva informática», *Revista Actualidad Informática Aranzadi*, 14, pp. 345-446.

MONROY RODRÍGUEZ, Juan Carlos (2012): «Cuestiones jurídicas en torno a los contratos de desarrollo y licencia de *software*», *Revista la propiedad inmaterial*, 16, pp. 103-135.

MUÑOZ DEIROS, Eva (2012). «Las bases de datos: obras protegidas por la ley de propiedad intelectual (derechos sui generis)». https://evamunoz.es/las-bases-de-datos-obras-protegidas-por-la-legislacion-de-propiedad-intelectual/. Consultado: 07/05/2018.

RAMÍREZ HERRERA, Rodrigo (2017): «Litigación compleja, intangibles y negocios internacionales». http://www.lvcentinvs.es/2017/07/21/los-derechos-de-propiedad-intelectual-como-especie-de-activos-intangibles/. Consultado: 08/05/2018.

SILBERSCHATZ, Abraham (1994): «Operating System Concepts», *Addison-Wesley*, p. 58.

STAIR, Ralph M., *et al.* (2003): «Principles of Information Systems», *Thomson Learning, Inc.*, p. 132.

VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier: «Las consultas preliminares del mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública», *www.contratosdelsectorpublico.com*. http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/08DocumentosdeTrabajo/Otros/consultas%20preliminares%20csp%20vdf.pdf. Consultado: (10/6/2018).

Autor desconocido: «Propiedad intelectual (tipos de licencias). Normativa y Regulación Informática», https://nrioly.wordpress.com/aspectos-legales-en-los-proyectos-informaticos/propiedad-intelectual-tipos-de-licencias/. Consultado: 12/5/2018).

JURISPRUDENCIA

Sobre el sentido del silencio en las leyes de transparencia de España

A propósito de la STC 104/2018, de 4 de octubre, sobre nulidad del precepto autonómico que establece el silencio positivo para las peticiones de acceso a la documentación administrativa

Darío Badules Iglesias[1]

RESUMEN

La STC 104/2018, de 4 de octubre, declara inconstitucional por contrariar la normativa básica en materia de transparencia la configuración del silencio como positivo en la normativa autonómica de Aragón. En este artículo comento la STC y analizo, después, algunos de los aspectos más destacados de la configuración del silencio administrativo en materia de transparencia. Critico la decisión del TC sobre la base de dos argumentos fundamentales: la normativa de desarrollo de la básica debe permitir mejorar la situación jurídica de los ciudadanos y el sentido del silencio debe entenderse como una especialidad procedimental.

Palabras clave: transparencia, acceso a la información, silencio administrativo, STC 104/2018, Aramón.

ABSTRACT

The judgement by the Spanish Constitutional Court no. 104/2018, of October 4th, has declared the positive silence set out in a regional Transparency Act unconstitutional given the fact that it contradicts the State's Transparency Act, which establishes a negative silence in the event of non-response. In

1 Investigador predoctoral del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU), del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: dbadules@unizar.es.

this paper I comment on the Court's decision and then analyze some of the more relevant aspects of the administrative silence in transparency issues. I also criticize the ruling on the grounds of two main arguments: regional laws usually are allowed to improve guarantees of citizens and the sense of administrative silence must be understood as a procedural specialty.

Key words: transparency, information access, administrative silence, Spanish Constitutional Court 104/2018, Aramón.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: EL SILENCIO POSITIVO EN LAS NORMAS AUTONÓMICAS DE TRANSPARENCIA. **II**. ANTECEDENTES DEL CASO «TRANSPARENCIA ARAMÓN». **III**. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. **1**. Constitucionalidad de la norma autonómica. **2**. Constitucionalidad interpretativa de la norma autonómica. **3**. Inconstitucionalidad de la norma autonómica. **IV**. DECISIÓN DEL TC: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. **V**. VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO CONDE-PUMPIDO. **VI**. REFLEXIONES ACERCA DEL SILENCIO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA. **1**. El silencio y otros elementos como parte del procedimiento administrativo «básico» común. **2**. Incongruencias de la configuración del sentido del silencio en materia de transparencia. **3**. El sentido positivo y la reclamación ante los órganos de transparencia. **4**. Afectación de la resolución a otras normas autonómicas: algunas malas prácticas. **VII**. CONCLUSIONES. **VIII**. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO: PLAZO DE RESOLUCIÓN Y SENTIDO DEL SILENCIO EN LAS LEYES ESPAÑOLAS DE TRANSPARENCIA.

I. INTRODUCCIÓN: EL SILENCIO POSITIVO EN LAS NORMAS AUTONÓMICAS DE TRANSPARENCIA

La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 104/2018, de 4 de octubre (*Boletín Oficial del Estado* [*BOE*] del 01/11/2018) resulta de especial interés desde el punto de vista del Derecho Administrativo no solo porque declara la inconstitucionalidad mediata del carácter positivo del silencio en los supuestos de solicitudes de acceso a la información regulado por algunas normas autonómicas españolas, por contrariar lo preceptuado en la norma básica estatal, sino también porque entra en la raíz misma de la naturaleza del silencio administrativo.

En concreto, el caso se refiere a la Comunidad Autónoma de Aragón; sin embargo, esta decisión afecta en igual extensión al resto de Comunidades Autónomas que siguieron el mismo camino protector de los intereses ciudadanos (al menos, *a priori*) al establecer un sentido del silencio distinto que el de la norma estatal.

La STC aquí comentada va a servir de pretexto para recordar algunas de las incongruencias señaladas por la doctrina en lo que se refiere a la no respuesta por parte de la Administración y el carácter positivo o negativo de tal silencio en cuestiones de transparencia. Téngase en cuenta, como acabo de decir, que a pesar de que la declaración de inconstitucionalidad solo se refiere a la ley aragonesa, la extensión de sus efectos debería alcanzar a las demás normas autonómicas equivalentes[2], de ahí la envergadura del fallo.

II. **ANTECEDENTES DEL CASO «TRANSPARENCIA ARAMÓN»**

En el caso objeto de esta STC, un ciudadano solicitó –en virtud de la legislación autonómica de transparencia–, acceso a información pública en poder de la entidad pública Aramón, Montañas de Aragón, SA (en adelante, Aramón), ante la presidencia de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, a la sazón, la consejera de Economía, Industria y Empleo del Gobierno de Aragón. Ante la falta de respuesta en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud, el interesado pretendió hacer valer la estimación presunta del acceso a la información, según preceptuaba la ley aragonesa. A la solicitud de ejecución del acto presunto respondió el Gobierno de Aragón concediendo plazo de alegaciones a Aramón al entender que podría afectar a sus intereses y derechos. A esta resolución se opuso el interesado al considerar que el acto era firme y que todos los actos posteriores serían nulos de pleno Derecho, instando de nuevo la ejecución. Con posterioridad, la Administración dictó resolución desestimatoria, acto que dio lugar al recurso contencioso-administrativo que trae origen a esta cuestión. En tal contencioso, la Administración y Aramón instaron el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, como de hecho acabó sucediendo.

En resumen, la STC 104/2018 viene a resolver esta cuestión de inconstitucionalidad (la 5228-2017) planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sala de lo contencioso-administrativo, por la posible vulneración de la norma estatal básica en materia de transparencia –la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; en adelante, LTAIBG– por parte de la norma autonómica –Ley 8/2015, de 25 de

2 Además de Aragón, disponen (disponían) de una configuración positiva del silencio en materia de transparencia Cataluña, la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Valenciana. Me remito al Anexo para información detallada sobre plazos y sentido del silencio en todas las Comunidades Autónomas.

marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; en adelante, LTA–, al disponer esta última que el carácter del silencio administrativo en materia de transparencia tendrá carácter positivo –art. 31.2 LTA–, frente al sentido negativo determinado por la norma estatal de carácter básico –art. 20 LTAIBG–.

En el proceso constitucional a que dio lugar, intervinieron la representación del interesado, de las Cortes de Aragón y del Gobierno de Aragón, en defensa de la constitucionalidad del precepto, siquiera fuera de forma interpretativa; y, en defensa de su inconstitucionalidad mediata, Aramón, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado. El centro del proceso gira en torno a la interpretación que se hace de la competencia estatal para dictar las normas de carácter básico que han de regir el procedimiento administrativo común, en virtud del art. 149.1.18ª de la Constitución Española (en adelante, CE); y, en concreto, si el silencio forma parte del *iter* procedimental básico reservado al Estado.

III. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

Se pueden identificar hasta tres posturas distintas entre las planteadas por las partes de este proceso.

1. Constitucionalidad de la norma autonómica

Esta postura fue, fundamentalmente, la desarrollada por la defensa del interesado. Para él, estaríamos en presencia de especialidades procedimentales derivadas de la organización propia, tal como permite el mismo precepto constitucional que sirve de fundamento a este proceso[3]. Además, en su opinión, la norma aragonesa de transparencia, al establecer un sentido positivo del silencio, no estaría más que siguiendo el principio general recogido en la legislación del procedimiento administrativo común.

2. Constitucionalidad interpretativa de la norma autonómica

Sostenida por los servicios jurídicos tanto de las Cortes de Aragón como del Gobierno de tal Comunidad. Para la primera, cabría una interpretación conforme a la CE y a la norma estatal básica siempre que se considere que, en ausencia de

3 En el mismo sentido irá –entre otros argumentos y como se verá después– el voto particular del magistrado Conde-Pumpido, contrario a la declaración de inconstitucionalidad.

terceros que se opongan al acceso a la información, pueda operar el silencio positivo, no así si existieren, en cuyo caso operaría el negativo de la LTAIBG. Para el Gobierno de Aragón, cabe una interpretación armónica de la LTA y la estatal al remitirse la primera a la segunda en cuanto a los preceptos que regulan el procedimiento de transparencia.

3. Inconstitucionalidad de la norma autonómica

Defendida por Aramón, la Fiscalía y la Abogacía del Estado. La contradicción entre el precepto autonómico y el estatal básico sería patente y evidente. Se habrían invadido competencias estatales al determinar un sentido del silencio distinto al preceptuado por la normativa estatal básica en la materia (la LTAIBG). No cabría tampoco salvar la norma por vía interpretativa dado que la estatal es taxativa y, en caso contrario, se estaría vaciando de contenido.

IV. DECISIÓN DEL TC: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se ha adelantado ya, según el TC la norma autonómica aragonesa que establecía el silencio positivo entraba en contradicción mediata con la CE al quebrantar lo dispuesto en la norma estatal básica, que no admite matizaciones en cuanto al sentido del silencio, que ha de ser negativo.

En primer lugar, analiza el encuadre competencial de la norma estatal: solo si esta se ha dictado de manera legítima por el Estado, al amparo de alguna de sus competencias y si no existe ninguna interpretación posible conforme a la CE y a la norma estatal presuntamente infringida, corresponderá la declaración de inconstitucionalidad (como recuerda con profusa cita jurisprudencial en el Fundamento de Derecho [FD] 3º).

Así, la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18ª CE) sería la que permitiría a aquel la dicción del precepto de la LTAIBG que establece el silencio negativo en materia de acceso a la información pública. Descarta las competencias 1ª y 13ª del art. 149.1 CE al estimar que estas, como tiene dicho de manera reiterada, deben ser interpretadas de forma restrictiva. Por lo tanto, el establecimiento de la obligación de resolver por parte de la Administración y del sentido del silencio entrarían dentro del ámbito competencial propio del Estado con carácter básico, no solo para la regulación general, sino incluso para sectores específicos, como sería aquí la transparencia (FD 5º).

Además de lo anterior, señala que el silencio negativo, presunción de desestimación, opera como límite al derecho de acceso a la información en manos de los poderes públicos (y de otros obligados privados), de nueva configuración en la LTAIBG y en las correlativas autonómicas, pues tal acceso «puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos o intereses protegidos que pueden limitar el mismo» (*ib*.).

Concluye, en fin, que la norma estatal es taxativa y, por consiguiente, no cabe interpretación conforme de la norma autonómica y procede, en consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de esta última.

V. **VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO CONDE-PUMPIDO**

En opinión de este magistrado, debería haberse procedido a desestimar la cuestión sobre la base de los siguientes argumentos.

Considera que «la determinación del sentido del silencio para concretos procedimientos administrativos constituiría una especialidad procedimental *ratione materie*», que estaría a disposición de las Comunidades Autónomas. Además, cree que «el procedimiento de acceso a la información pública no constituye un sector material, un tipo de actividad administrativa o una categoría de procedimientos administrativos, sino un procedimiento administrativo específico».

Es cierto que no constituye una mera actividad administrativa. Para ello se remite al hecho de que los obligados no son solo los poderes públicos, sino incluso personas privadas que pueden estar cerca del ejercicio del poder y, por lo tanto, disponer de cierta información. Además, en materia de acceso a la información ambiental, no sería el art. 148.1.18ª CE el empleado para fundamentar la competencia, sino el de legislación sobre el medio ambiente (art. 149.1.23ª CE).

Amén de lo anterior, se estaría cercenando la libre configuración de las instituciones políticas de las Comunidades Autónomas, pues si estas disponen de cierta información y configuran –se entiende– un sistema de acceso a la información por parte de los ciudadanos de carácter privilegiado frente a la norma general con respecto a su propia información, el Estado no tendría por qué impedirlo.

Finalmente, estima que, aun considerando la norma del silencio negativo básico como «común denominador», nada debería impedir una mejora del régimen jurídico del silencio por la normativa autonómica de desarrollo.

VI. REFLEXIONES ACERCA DEL SILENCIO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA

1. El silencio y otros elementos como parte del procedimiento administrativo «básico» común

No deja de ser llamativo que la configuración que hace el TC acerca del contenido y alcance de la legislación básica presenta algunos problemas. Así, según esta interpretación del Tribunal, parece que la legislación autonómica de desarrollo de la básica estatal no podría mejorar aquellas previsiones básicas. Dicho de otro modo, parece que la regulación estatal, al menos en esta materia, agotaría cualquier posibilidad de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas, de especificación por parte de tales normas autonómicas.

Hay que recordar, en palabras de Álvarez Conde, que la jurisprudencia del TC hasta la fecha ha tratado de «establecer que la normativa básica estatal no se traduzca en leyes "autosuficientes" y "omnicomprensivas", limitándose a contener los principios básicos que regulen cada ámbito material concreto, sin descender nunca a regulaciones de detalle» (2004: 33), con cita profusa a distintos pronunciamientos jurisprudenciales, a los que me remito.

En efecto, si este silencio es entendido como parte sustancial de la competencia del Estado en materia de régimen jurídico del procedimiento administrativo común, como ha hecho el TC, quedará vedada la mejora autonómica. Hago propia la visión del voto particular del magistrado Conde-Pumpido puesto que, aunque la solución no carece de toda lógica, sí es cierto que existen reservas suficientes para considerar que aquella podría haber sido matizada.

Uno de los aspectos más comentados por la doctrina durante la tramitación de las leyes de transparencia, muy particularmente la estatal, fue el sentido del silencio y, en concreto, la limitación que supondría su configuración como negativo.

Ya señalaba Fernández Ramos, respecto del proyecto de ley, que el criterio del legislador de establecer un sentido negativo al silencio fue «muy criticado por distintas organizaciones sociales y profesionales» (2013: 277). Se entendía que la inacción del obligado a suministrar la información no debía perjudicar al ciudadano, cuyos derechos ahora se ampliaban[4].

Es más, en su opinión, no existía óbice competencial a que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de su potestad legislativa de desarrollo y mejora de

4 Aunque como recuerdan Fernández Ramos y Pérez Monguió, «el carácter desestimatorio del silencio [es el] criterio generalizado en Derecho comparado» (2014: 238).

la legislación básica estatal, regulasen para sus procedimientos un sentido positivo, al entenderse, como digo, como una *mejora*, una ventaja (*ib*.: 278).

En el mismo sentido, sostiene Sendín García que «nada impide, en cualquier caso, que en el desarrollo que las distintas entidades públicas realicen de ese marco básico se flexibilicen los requisitos a los que se sujeta el ejercicio del derecho, pues la LT(AIBG), en cuanto norma básica, fija unas garantías mínimas que se deben ofrecer a todos los ciudadanos, pero no impide la ampliación de esas garantías» (2014: 144). En efecto, esta es la opinión mayoritaria de la doctrina que ahora el TC parece enmendar. Sí que es cierto, en todo caso, que la ampliación de derechos para algunos ciudadanos en detrimento de otros que puedan ver afectados los suyos propios no estaría justificada, según este mismo autor.

Para Blanes Climent, sin embargo y en oposición a lo que considera el TC en la Sentencia aquí reseñada, estos derechos no estarían en peligro puesto que el juez encargado de hacer valer los efectos de un silencio estimatorio podría, sin duda, evitar su conculcación en el momento de ejecutar tal acto presunto de carácter estimatorio (2014: 289).

De entender, como hace el TC, que la normativa estatal básica es taxativa en cuestiones como el silencio o los plazos, estaríamos ante la misma tesitura para el caso en que el plazo máximo para resolver fuese mejorado por la ley autonómica. Es más, como se puede ver en el Anexo, dos Comunidades (Andalucía y Murcia) habrían mejorado, al menos en parte, el plazo máximo para resolver (20 días hábiles en lugar de 1 mes, o sea que la mejora tampoco es considerable). Siguiendo esta estricta interpretación del TC, estos preceptos podrían también vulnerar la CE de forma mediata al contradecir lo dispuesto en la ley estatal básica.

La que, a mi juicio, sí plantearía mayores problemas y entraría en evidente conflicto con la legislación estatal sería la propia de Extremadura. Según su ley de transparencia, el plazo máximo para resolver será de 30 días hábiles desde recepción de la solicitud. No es necesario explicar que 30 días hábiles es un plazo algo superior (por unos 12 días) al plazo de 1 mes (pues los fines de semana no son hábiles). En consecuencia, no solo no estaríamos ante una mejora, sino que estaríamos ante un empeoramiento de la situación que debería llevar, indudablemente, a una declaración de inconstitucionalidad (en este caso sí acertada).

2. Incongruencias de la configuración del sentido del silencio en materia de transparencia

La cuestión del silencio en materia de acceso a información fue estudiada ya incluso antes de la aprobación de la Ley *general* de transparencia. Digo «gene-

ral» porque es de todos sabido que la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (LAIA), ya había omitido su referencia al silencio y, por lo tanto, sería de aplicación el régimen general (de estimación por silencio, según el art. 43.2 de la entonces vigente Ley 30/1992, actual 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [LPAC]). Así lo señaló oportunamente Casado Casado (2013: 264).

Es cierto que, con la entrada en vigor de la LTAIBG, en caso de silencio operaría la supletoriedad de esta Ley en aplicación de la LAIA; norma aquella que, como sabemos, determina el silencio negativo (supletoriedad basada en lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª; y ficción del silencio, *ex* art. 24.1 LTAIBG). Aunque, como señala Casado (2014: 831-838) sería discutible la supletoriedad de dicha regulación y no la de la LPAC, pues la norma que establezca un sentido negativo del silencio debe justificarlo «por razones imperiosas de interés general».

Comparto con esta autora sus consideraciones, que podrían, en parte, hacerse extensibles a lo que aquí nos ocupa. Siempre que se trate de una mejora, de un sistema más favorable a la ciudadanía, debe preferirse tal opción. Ahora bien, ¿es de verdad el régimen del silencio positivo verdaderamente un beneficio?

Como apunta esta misma autora (2013: 264), la solución del silencio positivo no es la «mejor garantía del derecho, porque el solicitante solo verá realizado efectivamente su derecho cuando reciba la documentación solicitada». No es menester recordar que, ante la inacción con efectos estimatorios estamos ante un auténtico acto finalizador del procedimiento (art. 24.2 LPAC); acto que podrá ser ejecutado pero que, en la práctica, requerirá prácticamente en todo caso acudir a los tribunales para su ejecución efectiva.

En la misma línea, Blanes Climent (2014: 286): «por mucho que se pueda entender concedido el derecho de acceder al documento, si luego la Administración no lo entrega, el ciudadano se encuentra en una situación muy similar a la del silencio negativo». Aunque señala también dos diferencias importantes, que harían de especial interés para los derechos de los ciudadanos la configuración positiva del silencio: por una parte, que ya no podría dictarse resolución expresa desestimatoria (a salvo de la hipotética declaración de lesividad); por otra, podría instarse en vía contenciosa la ejecución del acto firme. Cuestiones, como se ve, no menores, y que colocarían «en mejor situación al ciudadano» (2014: 287).

Por otro lado, y no de menor importancia, debe recordarse que la reclamación en materia de transparencia debe realizarse en un plazo determinado desde

que se produzcan los efectos del silencio negativo (ahora generalizado), según el art. 24.2 LTAIBG. Debe tenerse en cuenta que, como ha señalado la doctrina, este plazo perentorio en un acto presunto iría contra la doctrina constitucional que reconoce que tal plazo por la inactividad de la Administración no puede perjudicar al interesado (por todos, GUICHOT 2014: 78), por lo que su constitucionalidad sería discutible.

3. El sentido positivo y la reclamación ante los órganos de transparencia

Como se sabe, las leyes de transparencia estatal y autonómicas han configurado un sistema en el que las impugnaciones en vía administrativa han sido sustituidas por una reclamación ante el Consejo de Transparencia estatal o autonómico correspondiente. Esta reclamación, que es potestativa y previa a la presentación, en su caso y a voluntad de la persona solicitante, del oportuno procedimiento contencioso-administrativo, a mi juicio no tendría todo el sentido si estamos ante un silencio positivo. Me explico.

Si el silencio es negativo estamos, como es natural, ante una desestimación presunta, ante una ficción que, como se sabe, deja expedita la vía judicial. En este contexto, la vía administrativa permite evitar que se acuda innecesariamente a los tribunales, reduciendo así la litigiosidad, al ser subsanado el criterio por el «superior jerárquico» (entendiendo aquí como «superior» al Consejo de Transparencia, en tanto que órgano independiente, al que se le ha atribuido el conocimiento de dichas reclamaciones).

Sin embargo, si el silencio es positivo –como he recordado en varias ocasiones– no estamos ante una ficción sino ante un auténtico acto finalizador del procedimiento. Un acto que, para ser atacado deberá ser primero declarado lesivo para los intereses públicos (art. 107.1 LPAC). Pero, me pregunto: ¿qué sentido tiene presentar una reclamación ante el Consejo de Transparencia por un acto que reconoce –reconocía, pues, como ya hemos visto, el TC lo ha declarado inconstitucional– el acceso a la información. Uno no reclama lo que ya tiene, sino que exige su cumplimiento. Ahora bien, si –siguiendo a MARTÍN DELGADO– entendemos que este tipo de consejos «parece[n] adoptar más una posición de mediador que aquella a la que está[n] realmente llamado[s] a ser: «juez» –en vía administrativa– de un litigio que ha de resolver [...]» (2016: 17), en tal caso sí cobraría sentido tal reclamación.

En efecto, de la práctica habitual de este tipo de consejos se desprende el hecho de que, en muchas ocasiones, solo se otorga el acceso a la información solicitada cuando se presenta la reclamación ante el mismo, motivo por el que

procederá el archivo de la reclamación[5]. Actúa así la reclamación más que como una revisión en vía administrativa como una especie de catalizador o facilitador de la respuesta debida de manera originaria por el obligado en cuestión.

4. Afectación de la resolución a otras normas autonómicas: algunas malas prácticas

La STC aquí comentada desplegó sus efectos frente a todos a partir del día siguiente de su publicación en el *BOE* (*ex* art. 164.1 CE), esto es, a partir del día 2 de noviembre de 2018. Como comentaba al principio, a pesar de que el pronunciamiento se refiere a la normativa aragonesa, debe entenderse que este extiende sus efectos al resto de normas autonómicas que prevén un silencio positivo.

A pesar de ello, hemos asistido a una modificación posterior de una ley autonómica de las que contempla el sentido del silencio de carácter positivo: la de Navarra. Esta, fue modificada por la Ley Foral 27/2018, de 24 de diciembre. Lejos de adecuar el precepto a la nueva STC, mantiene el criterio seguido hasta la fecha de considerarlo positivo. Ello no es óbice, sin embargo, para que, en todo caso, el pronunciamiento constitucional también afecte a esta Comunidad Autónoma y, consecuentemente, deba entenderse expulsado del ordenamiento tal precepto.

En este caso, como en tantos otros, asistimos a una práctica autonómica bastante extendida, pero no por ello menos criticable. La reproducción de la normativa básica por parte de las normas autonómicas fomenta una duplicidad así como un desajuste en caso de modificaciones de la Ley estatal que ha sido criticada por el TC (en este sentido, véase Martín Rebollo, 2017: 334). Sí es cierto que, de haber entendido que el silencio así como los plazos pueden ser mejorados, nada habría obstado a su inclusión en sentido diverso en las leyes autonómicas de Transparencia. Parece, sin embargo, que la configuración que de este asunto ha realizado el TC debe llevarnos a concluir que, lo más sensato, sería remitirse al procedimiento de carácter básico establecido en la LTAIBG.

VII. CONCLUSIONES

En definitiva, estamos ante una resolución jurisprudencial en buena medida criticable. Han sido variados los argumentos que han sido esgrimidos a favor de

5 No es este lugar en el que extenderse sobre el asunto, pero la doctrina ya ha señalado, con abundante estudio de las resoluciones del Consejo de Transparencia del Estado, que este hace una interpretación errónea de lo que significa el instituto del silencio administrativo. Para una explicación detallada, véase MARTÍN DELGADO (2016: 22-26).

una consideración del silencio positivo como competencialmente asumible en la relación entre la normativa básica y la autonómica de desarrollo.

A mi juicio, dos son los aspectos fundamentales que deberían haber llevado al TC a considerarlo compatible. Por un lado, el hecho de que la legislación básica deba ser el mínimo común de garantía de todos los ciudadanos; por otro, que estaríamos más bien ante una especialidad procedimental para la que deben tener margen de maniobra las Comunidades Autónomas.

En cualquier caso, el pronunciamiento es el que es y, salvo ulterior cambio en la doctrina constitucional, debe entenderse de general aplicación. Por ello, y en aras de la seguridad jurídica tan importante y tan desdeñada a veces, una reforma de las leyes de transparencia autonómicas que todavía prevén tal silencio positivo sería más que necesaria.

VIII. **BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ CONDE, E. (2004): «La legislación básica del Estasdo como parámetro de validez de la normativa autonómica», *Revista española de la Función Consultiva*, pp. 23-42.

BLANES CLIMENT, M.Á. (2014): *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas,* Cizur Menor, Aranzadi.

CASADO CASADO, L. (2013): «El acceso a la información ambiental en España: luces y sombras», *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, pp. 241-278.

- (2014): «Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora del derecho de acceso a la información ambiental», *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 819-846.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): «El acceso a la información en el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, pp. 233-298.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. / PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre,* Cizur Menor, Aranzadi.

GUICHOT, E. (2014): «Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones», en WENCES, I. / KÖLLING M. / RAGONE, S. (coords.): *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 61-79.

MARTÍN DELGADO, I. (2016): «La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?», *XI Congreso de la AEPDA. Las vías administrativas de recurso a debate*, pp. 1-54.

MARTÍN REBOLLO, L. (2017): *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados,* Cizur Menor, Aranzadi.

SENDÍN GARCÍA, M.Á. (2014): «Transparencia y acceso a la información pública», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. / SENDÍN GARCÍA, M.Á.: *Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno*, Granada, Comares, pp. 93-196.

ANEXO

Plazo de resolución y sentido del silencio en las leyes españolas de transparencia

ÁMBITO	LEY DE TRANSPARENCIA	ART(S).	PLAZO DE RESOLUCIÓN	SENTIDO SILENCIO
Estado	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno	20	1 mes desde recepción + prórroga igual	Negativo
Andalucía	Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía	32	20 días hábiles desde recepción + prórroga igual	N/D - Ley básica estatal: negativo
Aragón	Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón	31	1 mes desde recepción + prórroga igual	Positivo (negativo tras STC)
Canarias	Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública	46	1 mes desde recepción + prórroga igual	Negativo
Cantabria	Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública	13	1 mes desde recepción + prórroga igual	Negativo
Castilla y León estatal: negativo	Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León	9	1 mes desde recepción	N/D - Ley básica
Castilla-La Mancha	Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha	33	1 mes desde recepción + prórroga igual	Negativo
Cataluña	Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno	33-35	1 mes desde recepción + prórroga mitad	Positivo (negativo tras STC)
Comunidad de Madrid	No ha legislado: Ley básica estatal	—	—	—

ÁMBITO	LEY DE TRANSPARENCIA	ART(S).	PLAZO DE RESOLUCIÓN	SENTIDO SILENCIO
Comunidad Foral de Navarra	Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (1)	41	1 mes desde recepción + prórroga igual	Positivo (negativo tras STC)
Comunidad Valenciana	Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana	17	1 mes desde recepción + prórroga igual	Positivo (negativo tras STC)
Extremadura	Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura	23	30 días hábiles desde recepción + prórroga igual	N/D–Ley básica estatal: negativo
Galicia	Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y buen gobierno	27	1 mes desde recepción	Negativo
Islas Baleares	No ha legislado: Ley básica estatal (2)	—	—	—
La Rioja	Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja	—	N/D–Ley básica estatal	N/D–Ley básica estatal: negativo
País Vasco	No ha legislado: Ley básica estatal	—	—	—
Principado de Asturias	Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés	17	Remisión a Ley estatal	Remisión a Ley estatal
Región de Murcia	Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	26	20 días desde recepción + prórroga igual (3)	N/D–Ley básica estatal: negativo

(1) Ha sido modificada recientemente por la Ley Foral 27/2018, de 24 de diciembre y, sin embargo, no ha sido modificado el sentido del silencio para adecuarlo a la STC 104/2018.

(2) La Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears no se refiere a cuestiones de acceso a la información.

(3) No indica si hábiles o naturales, así que se presumirán que hábiles según la LPAC.

FUENTE: Elaboración propia a partir del texto de las leyes, a fecha de 31 de enero de 2019.

La Junta General de las sociedades mercantiles municipales en la Ley de Capitalidad de Zaragoza

A propósito de la STC 137/2018, de 13 de diciembre, sobre nulidad del precepto autonómico que contraviene la normativa básica estatal y priva al pleno de la corporación de su potestad para expresar la voluntad del Ayuntamiento en relación con el gobierno de las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza

Darío Badules Iglesias[1]

RESUMEN

La STC 137/2018, de 13 de diciembre, declara inconstitucional por contrariar la normativa básica en materia de régimen local el precepto autonómico de la Ley de capitalidad de Zaragoza que otorgaba al Gobierno de la ciudad la formación de la voluntad de sus sociedades de capital íntegramente municipal. En este artículo comento la STC y analizo, después, tanto los controles democráticos a la formación de la voluntad de los entes instrumentales locales, como otras leyes de capitalidad y la ausencia de referentes previos en esta cuestión.

Palabras clave: Sociedades mercantiles municipales, entes locales, legislación básica, STC 137/2018, Zaragoza.

ABSTRACT

The judgment by the Spanish Constitutional Court no. 137/2018, of December 13th, has declared unconstitutional the provision set out in a regional Act of declaration of a Capital City allowing the government of that city to rule by itself and without any enquiry of the council its companies, given the fact that it contradicts the State's Basic Local Act. I also comment on the demo-

1 Investigador predoctoral del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU), del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: dbadules@unizar.es.

cratic formation of the public companies will and how other similar acts have not regulated this issue in the same way.

Key words: Local public companies, local authorities, basic legislation, Spanish Constitutional Court 104/2018, Saragossa (Spain).

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LAS LEYES DE CAPITALIDAD Y LA NORMATIVA BÁSICA EN MATERIA DE SOCIEDADES PÚBLICAS MUNICIPALES. **II**. ANTECEDENTES DEL CASO «CAPITALIDAD DE ZARAGOZA». **III**. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. **1**. Inconstitucionalidad de la norma autonómica. **2**. Constitucionalidad de la norma autonómica. **IV**. DECISIÓN DEL TC: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. **V**. COMENTARIOS A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL. **1**. El principio democrático en la formación de la voluntad de los entes instrumentales municipales. **2**. Una innovación poco afortunada. **VI**. CONCLUSIONES. **VII**. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO: LEYES DE CAPITALIDAD DE ESPAÑA.

I. INTRODUCCIÓN: LAS LEYES DE CAPITALIDAD Y LA NORMATIVA BÁSICA EN MATERIA DE SOCIEDADES PÚBLICAS MUNICIPALES

La única capital a la que hace mención la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) es a la villa de Madrid como la propia del Estado (art. 5 CE). La referencia contenida en el art. 147.2.c) CE a la «sede de las instituciones» propias de las Comunidades Autónomas es la única que nuestra *norma normarum* hace en alusión a una cuestión que, como la doctrina ha recordado, no era necesariamente pacífica entonces (AGUDO 2012, 89) ni tiene por qué serlo ahora.

Muchos Estatutos de Autonomía han venido determinando no solo, como preceptúa la CE, la sede de sus propias instituciones, sino la que puede ser considerada como capital de tal entidad. No es este lugar para expresarse sobre la naturaleza y régimen jurídico del concepto de capitalidad (para lo que me remito a una lectura, por todos y por su claridad y concisión, del artículo citado de AGUDO, *ib*.), pero sí hay que señalar que tanto el Estado como bastantes Comunidades Autónomas han venido desarrollando un estatuto jurídico propio para sus capitales, que se encuentra establecido, fundamentalmente, en leyes *ad hoc*[2].

2 Véase en este punto la tabla con las distintas leyes de capitalidad que se incluye en el Anexo. Se verá allí que, de 17 Comunidades Autónomas, al menos 11 han atribuido la condición de

En el caso de Aragón, es el Estatuto de 2007 el que establece en su art. 3.3 la capitalidad en ciudad de Zaragoza; además, el art. 87 del mismo Estatuto dispone que «Zaragoza, como capital de Aragón, dispondrá de un régimen especial establecido por ley de Cortes de Aragón». Es precisamente a esta ley a la que me referiré en las siguientes líneas.

Es verdad que el régimen actual de las ciudades de gran población establecido en la normativa básica estatal en materia de bases de régimen local (regulado en el Título X, sobre el «Régimen de organización de los municipios de gran población», de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local [en adelante, LBRL]) ha hecho que la flexibilización propia de estas leyes de capitalidad en materia económica y de gestión de sus especiales intereses no resulte siempre perentoria. Pero, aun así, han sido varias las normas de capitalidad aprobadas de unos años a esta parte.

Entre las últimas, destaca la que aquí se va a comentar, la de Zaragoza como capital de Aragón. La STC 137/2018, de 13 de diciembre, declara la inconstitucionalidad de un precepto (el art. 14.1.u) que atribuía al Gobierno de Zaragoza la competencia en materia de formación de la voluntad de sus sociedades mercantiles íntegramente municipales, asumiendo las funciones de Junta General de estas. Este pronunciamiento es de cierta relevancia e interés dado que puede no solo servir de aviso o precaución al legislador autonómico que pretendiese dotar de potestades similares a su respectiva ciudad capital, sino también a ese mismo legislador que quisiera sustraer de la voluntad del Pleno, en tanto que representante democrático de la sociedad local a la que sirve y en detrimento de minorías de gobierno, las decisiones sobre sus órganos instrumentales garantizadas en la legislación básica desarrollo del principio de autonomía local constitucionalmente establecido (arts. 137 y 140 CE).

II. ANTECEDENTES DEL CASO «CAPITALIDAD DE ZARAGOZA»

Una vieja reivindicación[3] de la ciudad de Zaragoza era la de contar con un estatuto propio que garantizase una adecuada inversión y un régimen de capitalidad

ciudad capital a una de las de su territorio en sus Estatutos de Autonomía (habitualmente son aquellas Comunidades donde existe mayor problemática de determinación las que han evitado tal alusión).

3 «Tras más de 20 veinte años de reivindicaciones, el Ayuntamiento de Zaragoza cuenta desde hoy con una ley de Capitalidad», en «La izquierda aprueba en las Cortes la ley de Capitalidad, que garantiza 21,5 millones a Zaragoza», *Heraldo de Aragón* (30 de noviembre de 2017).

que dotase de mayor autonomía al Gobierno de la Ciudad. Durante la legislatura 2015-2019 se aprobó la vigente Ley 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón (en adelante, LCA), publicada en el Boletín Oficial de Aragón de 01/12/2017, con cierta oposición en las Cortes de Aragón de los partidos del espectro parlamentario de centroderecha. La Ley entró en vigor a los veinte días de su publicación (según la Disposición Final 3ª LCA).

La ciudad de Zaragoza, como es evidente, se venía sometiendo ya al régimen de municipios de gran población a que he hecho referencia antes. Entre otras novedades (reseñadas por SALANOVA 2018), la LCA disponía en su articulado de una norma que, aunque formalmente podría no haber sido inconstitucional, la utilización real, *material* (en expresión, como veremos, del Tribunal Constitucional [en adelante, TC]) que se dio a la misma sí lo ha sido.

El tenor literal de la norma objeto de controversia es este:

> Artículo 14. Atribuciones. 1. Corresponden al Gobierno de Zaragoza[4] las siguientes atribuciones:
>
> u) La formación de la voluntad del Ayuntamiento como socio único en las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza, asumiendo las funciones de Junta General.

Apenas unos días después de la entrada en vigor de la norma, el gobierno de la ciudad, en una minoría muy considerable, decidió de manera unilateral y sin contar ni siquiera con sus socios en el Pleno, tomar el control de las sociedades mercantiles municipales de capital íntegramente público.

La oposición municipal solicitó por distintos cauces la reconsideración de la medida, no siendo esta atendida. Uno de los más relevantes lo constituye la «apelación» –en su sentido no jurídico– al Justicia de Aragón (en tanto que garante de los derechos de los ciudadanos al supervisar la actividad de las administraciones aragonesas), para conocer su opinión sobre la decisión del Gobierno de Zaragoza. En su Resolución de 15 de mayo de 2018 abdicó de cualquier posibilidad de realizar un juicio sobre la legalidad o constitucionalidad de la actuación administrativa, pero sí propuso «fórmulas de conciliación o acuerdo para solventar» el problema por el cual se acudió a su conocimiento. Por ello, sugirió al Ayuntamiento de Zaragoza que se reflejase «la pluralidad y diversidad política de los distintos grupos municipales representados en el pleno de la corporación, reflejo fiel de la diversidad ideológica de la ciudadanía zaragozana a la que dichas sociedades deben servir».

4 La referencia al «Gobierno de Zaragoza» debe entenderse hecha a la Junta de Gobierno Local, que pasa a tener tal nombre por virtud de la Disposición Adicional 2ª LCA.

Finalmente, la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado acordó someter a negociaciones con el objeto de «resolver las discrepancias manifestadas» en relación con la LCA, en particular (y entre otros), el art. 14.1.u). Este acuerdo, publicado en el *BOE* de 19/03/2018, y comunicado al TC, posibilitó la prórroga del plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad (art. 33 LOTC). El acuerdo final de esta Comisión, publicado el 27/09/2018, concluyó considerando «parcialmente resueltas las discrepancias manifestadas», sin incluir, sin embargo, ninguna referencia al meritado y discutido precepto.

De hecho, antes de la publicación de tal acuerdo, el Presidente del Gobierno interpuso con fecha de 03/08/2018 recurso de inconstitucionalidad contra el apartado transcrito más arriba que fue finalmente resuelto por la STC 137/2018, de 13 de diciembre aquí comentada, que declara la inconstitucionalidad material de tal artículo.

III. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

1. Inconstitucionalidad de la norma autonómica

La postura defendida por la representación procesal del Estado es clara: este precepto impugnado de la LCA es inconstitucional en tanto que invade las competencias estatales básicas delimitadas en el art. 149.1.18ª CE pues se está sustrayendo del pleno municipal una decisión trascendental como es el gobierno de las sociedades públicas locales de su titularidad exclusiva (recuérdese que se trata de una de las formas de gestión directa de los servicios públicos locales, *ex* art. 85.2.d) LBRL).

Dice la Abogacía del Estado, en resumen del TC, que «no corresponde a la ley autonómica sustraer la facultad de decisión del pleno municipal en lo concerniente a la composición de la junta general y a la formación de la voluntad [...] y aún menos eliminar cualquier posibilidad de que sea el pleno el órgano que actúe en la condición de socio» (Antecedente 1 *in fine*). Como veremos después, esta será la posición finalmente adoptada por el Tribunal.

Hay que tener en cuenta que el Presidente del Gobierno invocó en su recurso la suspensión del precepto impugnado al amparo del art. 161.2 CE (según consta en la admisión publicada en el *BOE* de 08/09/2018), suspensión que fue mantenida por el TC hasta su sentencia.

2. Constitucionalidad de la norma autonómica

Por su parte, la representación de las Cortes de Aragón esgrime, como argumentos a favor de la constitucionalidad del artículo discutido: «que fue una ley

acordada en su totalidad, por lo que difícilmente puede afirmarse que vulnere el principio de autonomía local»[5] (FJ 4) y que la normativa básica solo atribuye al Pleno del municipio el acuerdo de creación (no así, por lo tanto, la formación de la voluntad de la sociedad), disociación querida, en este caso, por el legislador autonómico.

A su vez, el Gobierno de Aragón a través de su letrada, concluye que de la legislación básica no puede derivarse que la norma sea inconstitucional pues nada determina sobre este extremo; además, a su parecer, la formación de la voluntad de la sociedad no tendría el carácter de normativa básica, pues señala que «no constituye una función normativa ni de control, sino total y absolutamente ejecutiva» (FJ 5).

IV. DECISIÓN DEL TC: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se ha adelantado, el parámetro de control de la constitucionalidad mediata de esta norma lo constituye el art. 149.1.18ª CE y, en concreto, la configuración básica que de la autonomía local se realiza a través de los arts. 85 *ter*.3 y 123.1.k) LBRL, preceptos que vienen a establecer, respectivamente:

> Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.
>
> Corresponden al Pleno las siguientes atribuciones: k) La determinación de las formas de gestión de los servicios, así como el acuerdo de creación [...] de sociedades mercantiles para la gestión de los servicios de competencia municipal, y la aprobación de los expedientes de municipalización.

La argumentación que utiliza el TC para concluir con la declaración de inconstitucionalidad se fundamenta en lo siguiente: si el legislador básico, en ejercicio de la configuración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, ha querido que sea el Pleno el que tenga la atribución para la creación de las sociedades mercantiles municipales y, dado que para su creación es necesario dotarlas de unos estatutos, estos han de ser manifestación de la voluntad del socio fundador –el Pleno–. La norma aquí impugnada es inconstitucional materialmente puesto que, a pesar de no contradecir de manera palmaria esta regu-

5 Ya me referí al hecho de que la Ley fue rechazada, en buena medida, por una parte de los grupos políticos aragoneses. De cualquier modo, este argumento parece bastante pobre puesto que, como es evidente, un acuerdo mayoritario sobre un asunto no lo hace constitucional...

lación, *de facto* se está desapoderando al Pleno de una atribución que la LBRL le otorga; pues, por voluntad del legislador autonómico, se está creando una determinada configuración de estas sociedades que sustrae del conocimiento y decisión del Pleno –que, a la postre, es el órgano de representación democrática municipal– el funcionamiento de tales sociedades.

Para ello, se apoya también en el hecho, recogido en la legislación mercantil, de que es el socio único el que ejerce las competencias de la Junta General (art. 15.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Pero, dado que la LBRL atribuye a los Estatutos sociales la determinación de quién deberá «gobernar» la sociedad, si el legislador autonómico determina que habrá de ser la Junta de Gobierno (ahora denominada, para el caso de Zaragoza, «Gobierno de Zaragoza», como se comentó), se estaría vulnerando la garantía institucional de la autonomía local configurada en la LBRL.

En conclusión, y sobre la base de lo expuesto, la norma resulta contraria al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas «materialmente», entrando en «contradicción efectiva e insalvable con la normativa básica de repetida cita» (FJ 3.b).

V. COMENTARIOS A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

1. El principio democrático en la formación de la voluntad de los entes instrumentales municipales

A pesar de que algunos informes y dictámenes previos a la STC aquí comentada pretendieron salvar la constitucionalidad del precepto impugnado sobre la base de una eventual «interpretación conforme», lo cierto es que el tenor literal del mismo resulta, como apunta Embid en su informe en este mismo Anuario Aragonés del Gobierno Local, incontrovertidamente contrario a la legislación básica: «la claridad [...] de la evidente contradicción entre la Ley de Cortes de Aragón y la legislación básica estatal hace incomprensible [...] que tal precepto pudiera atravesar los distintos filtros jurídicos que debe atravesar un proyecto hasta convertirse en Ley» (2019).

No es preciso recordar que la garantía institucional de la autonomía local constitucionalmente protegida en los arts. 137 y 140 CE debe tener un contenido mínimo sin el cual se haría indistinguible. Si el legislador básico, como recordaba el TC, ha dotado de atribuciones suficientes al gobierno local (*gobierno* entendido como *poder*, como *corporación* en su conjunto) para crear sociedades y dotarlas de una organización, no se podría comprender que esta atribución fuese meramente formal.

El caso de las sociedades públicas de capital titularidad de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas –sobre las que no se encuentra en el ordenamiento una idéntica reserva de formación de su voluntad por parte de los órganos representativos (el parlamento estatal y autonómico, respectivamente), sino que se atribuye, en esencia, al poder ejecutivo correspondiente– es distinto.

No debe olvidarse la distinta naturaleza del poder local, frente al estatal y autonómico. En el primero no existe una nítida separación de poderes entre el ejecutivo y el legislativo –de hecho, predicar de los entes locales la existencia de un «poder legislativo» es muy discutible, con la excepción de la cierta parlamentarización que se produce en las ciudades sometidas a régimen de gran población–. Pero, aun así, el ente local actúa, a la vez, como gobierno y administración local. No ocurre lo mismo en el caso estatal o autonómico, donde las funciones ejecutiva y legislativa quedan delimitadas en órganos distintos. Y si tenemos en cuenta, como es natural y obvio, que las sociedades mercantiles públicas –y, por extensión, cualquier otro ente instrumental de las Administraciones Públicas– cumplen la función de ser *instrumento*, valga la redundancia, del poder ejecutivo para el ejercicio de las funciones que le son propias, la participación en la gestión de dichas sociedades por parte del poder legislativo carecería de sentido, más allá de los habituales controles democráticos que, tanto sobre el Gobierno correspondiente como sobre sus entes instrumentales, ejercen de manera habitual en sede parlamentaria. Además, no hay que perder de vista el hecho de que tanto el Parlamento como el Gobierno gozan, indudablemente, de legitimidad democrática.

Por último, también SETUÁIN (2019) reseña la inconstitucionalidad de la norma en su informe en este mismo Anuario, sosteniendo que el acuerdo de creación de una sociedad y la dotación de unos estatutos con la limitación impuesta por la norma aragonesa «vacía de contenido [tal] acuerdo de creación [...] al impedir que el Pleno, al aprobar los estatutos societarios, decida cuál es la forma de designación y funcionamiento de la junta general».

2. Una innovación poco afortunada

Si se acude al Anexo, en el que –como ya dije– se incluyen las distintas leyes de capitalidad de España, también se podrá consultar la relación de preceptos que, en tales normas, se refieren a sociedades mercantiles municipales.

De un vistazo puede apreciarse que, de las diez leyes sobre capitalidad (recuérdese que Barcelona cuenta con dos, una autonómica y otra estatal), tan solo cinco se han preocupado por introducir referencias a las sociedades que tales entes locales con régimen especial pueden tener como entes instrumentales.

Dado que las dos leyes de Barcelona se ocupan, en alguna medida, de ello, solo nos quedan otras tres ciudades: Madrid, Zaragoza y Palma.

La mayor parte de estos preceptos no hacen más que reproducir normativa estatal básica, introduciendo muy pocas variaciones (práctica, como sabemos, criticada por la doctrina constitucional). Por ejemplo, varias de ellas repiten la disposición según la cual una de las formas de gestión de los servicios públicos municipales de forma directa es la creación de sociedades mercantiles (especialmente las de Barcelona y Palma). La verdad es que no era necesario que una ley de capitalidad lo recordase.

Una de las leyes de Barcelona se centra más en cuestiones económicas: programación, principios de la gestión económico-financiera, contabilidad, financiación... La otra ya sí, junto con las tres restantes, entra en cuestiones organizativas, de más interés aquí.

La norma de Madrid atribuye a la Junta de Gobierno la aprobación del proyecto de Estatutos de las sociedades mercantiles municipales (en virtud de su art. 17) pero, a la par, dispone que será el Pleno el que determine las formas de gestión de los servicios públicos, así como el acuerdo de creación de las sociedades mercantiles y la aprobación de los estatutos (*ex* art. 11.1.l). En el mismo sentido apunta el art. 11.1.l) de la Ley aragonesa. Parecido tenor encontramos en el art. 11.1.l) de la Carta Municipal de Barcelona la cual, por ser la más veterana de todas ellas, parece ser la madre de la que han tomado copias las anteriores (hasta en la numeración...). No así la de Palma, que no se repite sobre el particular.

En todo caso, no se encuentra ningún antecedente legislativo ni en estas leyes ni en otras sobre la cuestión como el que ha servido de diana para este recurso de inconstitucionalidad.

En definitiva, una innovación que, además de tener pocos vuelos, pues ni de un año de vigencia pudo disfrutar, era criticable y sin parangón en nuestro ordenamiento jurídico local.

VI. **CONCLUSIONES**

La resolución del TC aquí comentada no merece reproche alguno desde el punto de vista jurídico. Parece bastante clara la evidente contradicción entre la norma aragonesa y el precepto estatal.

El TC recuerda la importancia de la preservación de la autonomía local, en particular en la gestión de los servicios públicos municipales. Finalmente, se hace un comentario sobre la formación de la voluntad democrática de estas socie-

dades y un análisis del entorno jurídico y de la ausencia de referentes sobre esta concreta cuestión, lo que da lugar a considerar que la innovación propuesta por la ley aragonesa, además de desafortunada, ha sido declarada inconstitucional por sobrados motivos.

VII. **BIBLIOGRAFÍA**

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2012): «La regulación de las capitales regionales y su trascendencia a nivel territorial», *Cuadernos de Derecho Local*, pp. 87-110.

El Justicia de Aragón (2018): *Sugerencia relativa a composición de órganos de administración de sociedades públicas del Ayuntamiento de Zaragoza,* Zaragoza.

EMBID IRUJO, A. (2019): «Informe general sobre el Gobierno Local en 2018», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2018*.

SALANOVA ALCALDE, R. (2018): «La Ley 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017*, pp. 429-445.

SETUÁIN MENDÍA, B. (2019): «Empleo y organización local», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2018*.

ANEXO

Leyes de capitalidad de España*

ÁMBITO TERRITORIAL	CIUDAD CAPITAL (1)	NORMA DE ORIGEN (2)	TIPO DE LEY DE CAPITALIDAD	LEY DE CAPITALIDAD	ARTS. EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES LOC.
Estado	Madrid	5 CE	Estatal	Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid	11.1.l), 17.1.a) y 28.5
Andalucía	Sevilla	4.1 EA	—	—	—
Aragón	Zaragoza	3.3 y 87 EA	Autonómica	Ley 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón	11.1.k) y l), 14.1.g) y n) y 51.1
Canarias	Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife	5.1 EA	Autonómica	Ley 8/2007, de 13 de abril, del Estatuto de la Capitalidad Compartida de las ciudades de Las Palmas de Gran Canaria y Sta. Cruz de Tenerife	—
Cantabria	Santander	2.2 EA	—	—	—
Castilla y León	—	—	—	—	—
Castilla-La Mancha	—	—	—	—	—
Cataluña	Barcelona	10 EA	Estatal	Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona	56.2 y 5, 58.e), 59. 2, 62, 66, 69 y 74
			Autonómica	Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona	11.1.l), 45, 47.1 y 49.1 y 2
Comunidad de Madrid	Madrid	5 EA	Estatal (3)	Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid	11.1.l), 17.1.a) y 28.5

ÁMBITO TERRITORIAL	CIUDAD CAPITAL (1)	NORMA DE ORIGEN (2)	TIPO DE LEY DE CAPITALIDAD	LEY DE CAPITALIDAD	ARTS. EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES LOC.
Comunidad Foral de Navarra	Pamplona	8 EA	Autonómica	Ley Foral 16/1997 de 2 de diciembre por la que se establece la Carta de Capitalidad de la Ciudad de Pamplona	—
Comunidad Valenciana	—	—	—	—	—
Extremadura	Mérida	5 EA	Autonómica	Ley 7/2015, de 31 de marzo, por la que se regula el Estatuto de Capitalidad de la Ciudad de Mérida	—
Galicia	—	—	Autonómica	Ley 4/2002, de 25 de junio, del estatuto de la capitalidad de la ciudad de Santiago de Compostela	—
Islas Baleares	Palma	7 EA	Autonómica	Ley 23/2006, de 20 de diciembre, de capitalidad de Palma	54.1, 55.1 y 143.5
La Rioja	Logroño	4 EA	Autonómica	Ley 2/2015, de 23 de marzo, del Estatuto de capitalidad de la ciudad de Logroño	—
País Vasco	—	—	—	—	—
Principado de Asturias	—	—	—	—	—
Región de Murcia	Murcia	5 EA	—	—	—

* Una búsqueda sencilla en noticias publicadas en diarios digitales dará cuenta no solo de las discordias regionales acerca de la capitalidad de aquellas autonomías que no disponen de una atribución clara e incontestada, sino también de ciertos esfuerzos actuales por generar normas que regulen el estatuto de la capitalidad de otras que no son contestadas.

(1) Con «Ciudad capital» me refiero a la alusión y declaración expresa de capitalidad, no al señalamiento de la o las ciudades sede de las respectivas instituciones de la Comunidad Autónoma.

(2) Las referencias a los Estatutos se entienden hechas al correspondiente de la Comunidad vigente a fecha de febrero de 2019.

(3) No existe una norma de la Comunidad de Madrid que regule su capitalidad, sino la propia del Estado.

FUENTE: Elaboración propia a partir de los textos legales oficiales publicados en el Boletín Oficial del Estado.

DOCUMENTACIÓN

Informe 8/2018

De 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

Asunto: Las penalidades en los contratos administrativos, procedimiento de imposición.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Tauste (Zaragoza), se dirige con fecha 22 de febrero de 2018, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito, que tuvo entrada en esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 1 de marzo de 2018, en el que plantea una consulta del siguiente tenor literal:

> *En expediente nº 98/2017 de contrato de obra y, en fase de ejecución del contrato, el órgano de contratación (Junta de Gobierno Local) estimó parcialmente la solicitud de ampliación del plazo final y la imposición de penalidades resultantes de aplicar la cláusula 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en la que se establece que «En caso de incumplimiento de los plazos parciales o final pactados, el Órgano de Contratación podrá imponer al contratista una penalidad de 1500,00.– euros por día natural de retraso, desde el plazo de finalización de la ampliación aprobada hasta la fecha en la que se acreditara realmente la finalización de la obra.*
>
> *Comunicada la fecha de finalización de la obra por la Dirección y, por tanto, una vez conocido el concreto alcance del incumplimiento contractual del plazo final, el órgano de contratación aprobó una propuesta de imposición de una penalidad indicando que esta se haría efectiva sobre la garantía constituida en su día, de conformidad con lo previsto en los artículos 99.2 y 212.8 del TRLCSP. Este acuerdo fue notificado al contratista y avalista concediéndoles un trámite de audiencia por diez días, de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 97 del RD 1098/2001, de 12 de octubre.*
>
> *El órgano de contratación posteriormente, considerando lo previsto en el art. 22 y 87 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, acordó suspender el plazo para resolver la im-*

posición de penalidades por incumplimiento del plazo de ejecución a fin de que pueda formularse y remitirse a la Junta Consultiva de contratación administrativa de Aragón consulta sobre la naturaleza jurídica de la penalidad, sobre el tratamiento del IVA en la efectividad de las penalidades y, sobre el momento en que operaría la subsidiariedad en la ejecución con cargo a la garantía.

El contratista presentó recurso de reposición indicando que en virtud del art. 100.1 del RGLCAP no podría haberse impuesto penalidades al haber finalizado la obra en el momento en que recibe la notificación de su imposición e instando la ampliación de la consulta en este extremo.

VISTO lo previsto en las siguientes disposiciones normativas:

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.

Artículo 100 Responsabilidades a que están afectas las garantías. La garantía responderá de los siguientes conceptos:

a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212.

Artículo 99 Constitución

En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, este deberá reponer o ampliar aquella, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.

Artículo 212 Ejecución defectuosa y demora

Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.

Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que el aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Artículo 100 Petición de prórroga del plazo de ejecución

1.– La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquel en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido.

Si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Administración deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo. Durante este plazo de quince días, no podrá continuar la ejecución del contrato, el cual se considerará extinguido el día en que expi-

raba el plazo previsto si la Administración denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella.

2.– En el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el artículo 95.3 de la Ley o, en su caso, las que se señalen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato.

VISTA la Consulta de la Dirección General de Tributos V0836-07, cuyo extracto es como sigue:

A efectos del IVA la cuestión planteada por el consultante es si esta penalidad debe reducir la base imponible de la entrega de bienes que se había comprometido a realizar o, por el contrario, debe considerarse independiente la obligación de satisfacer la contraprestación asumida por el Ayuntamiento del derecho que le asiste a exigir el pago de la pena por mora.

En este sentido, como la obligación de pago por parte del Ayuntamiento y su derecho a exigir la penalidad por mora tienen su origen en una misma relación contractual y una única operación, debe considerarse como contraprestación aquella que resulte después minorar el precio convenido en las cantidades impuestas como pena por el cumplimiento tardío de la obligación de realizar la entrega de bienes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 78.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA (BOE del día 29) que define la base imponible de este impuesto como el importe total de la contraprestación. La razón de calcularla de este modo se encuentra en que la determinación exacta de la contraprestación por la operación sujeta dependía de si el consultante obligado a la entrega de un bien la realizaba en el plazo pactado o, por el contrario, fuera de este. En este segundo caso, la contraprestación que se va a obtener por la operación realizada resulta efectivamente minorada, por lo que la base imponible IVA ha de minorarse en la misma medida.

CONSIDERANDO que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, regula las penalidades de forma idéntica a la 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, de aplicación al supuesto concreto por lo que se mantiene en interés en la consulta que se va a formular.

CONSIDERANDO las funciones atribuidas a la competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón referidas en el Decreto 81/2006, de 4 de abril.

En uso de la legitimación activa atribuida a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento en el art. 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 y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento y de conformidad con las exigencias a que se refiere el art.8 del mismo texto normativo, atendiendo a lo acordado por la Junta de

Gobierno Local y a la propuesta de consulta contenida en el informe emitido por la Secretaría General de esta misma fecha,

RESUELVO:

ÚNICO.– Solicitar de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón la emisión de informe sobre las siguientes cuestiones jurídicas en relación con la imposición de penalidades:

1.– Si a la vista de la normativa aplicable y de la Consulta V0836-07 de la Dirección General de Tributos en relación con la aplicación del IVA, cabe plantearse una diferente naturaleza de la penalidad según su efectividad se plante a través de una deducción en la certificación de obra (menor gasto) o por ejecución de la garantía, puesto que en el último caso opera como una obligación de satisfacer a la Administración una contraprestación de carácter independiente sin afección del régimen fiscal.

2.– Si existe contradicción entre el carácter inmediatamente ejecutivo ligado a la imposición de penalidades y el procedimiento al que la jurisprudencia viene declarando aplicable art. 97 RGLCAP, puesto en este último han de cumplirse plazos que pueden determinar que cuando se acuerde de forma definitiva la obra hay finalizado y se ponga en duda la imposición misma de las penalidades.

3.– Si como parece deducirse del tenor del art. 202.8 la efectividad de la penalidad sobre la garantía presenta un carácter subsidiario respecto de la efectividad mediante la deducción de cantidades que hayan de abonarse al contratista, ¿Cómo ha de interpretarse la expresión «cuando no puedan deducirse de las certificaciones»?, es decir ¿En qué momento ha de operar la subsidiariedad? En este sentido, en un contrato de obra, ¿podría entenderse que hay que esperar para acordar la efectividad con cargo a la garantía hasta la liquidación del contrato, para comprobar que no es posible aplicar la deducción?

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el art. 3.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el art. 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consulti-

va y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo del asunto que plantea el Sr. Alcalde de Tauste, acerca de la naturaleza jurídica de las penalidades, ejecutividad del acuerdo, si es posible su imposición finalizado el contrato, así como si la deducción de las penalidades del importe de la garantía tiene carácter subsidiario, para que esta Junta se pronuncie sobre las cuestiones planteadas con carácter general.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.g) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

II. **Naturaleza Jurídica de las penalidades**

El concepto jurídico de «penalidades» del contrato ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial, en ella se ha consolidado el criterio de su naturaleza contractual, que reconoce, entre otras, la Sentencia núm. 290/2006 de 26 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que señala que:

> *nos encontramos ante las facultades y prerrogativas que la LCAP 13/1995 reconoce en el art. 60 y siguientes a la Administración en el ámbito de los contratos administrativos* [...] *en el caso de autos nos encontramos ante unas infracciones y unas sanciones previstas expresa y explícitamente en un Pliego de Cláusulas Administrativas, y en un posterior contrato, pero que no se encuentran tipificadas legalmente.*
>
> *Como por otro lado ya había indicado el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala 3ª de 26-12-1991,de la que fue Ponente Don Francisco José Hernando Santiago, en la que se estimaba el Recurso de apelación interpuesto contra sentencia que declaró improcedentes las penalidades impuestas a la entidad recurrente en virtud de Resolución de la Dirección de Construcciones Navales Militares, por retraso en la entrega de construcción de buques, el TS lo estima, revoca la sentencia apelada y declara que la cláusula penal por la que se sancionó a tal entidad, no significa que se haya de situar a la Administración en el plano del Derecho Administrativo sancionador, ni que se ejercite la potestad sancionadora, sino que pura y simplemente se da o se exige el derecho de uno de los contratantes respecto del otro de unas previsiones contractuales.*

El citado Tribunal Supremo, entre otras resoluciones, en Sentencia de 18 de mayo de 2005, señala que «no son sanciones en sentido estricto, sino que constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación a modo de cláusula penal del artículo 1152 del Código Civil.»

Así mismo la Audiencia Nacional, en Sentencia de 22 de octubre de 2008 las considera como «estipulaciones de carácter accesorio, plasmadas en el contrato con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, y destacan su función coercitiva».

En todo caso, tengan naturaleza cercana a la multa coercitiva u ostenten el carácter de penalidad obligacional, nuestro ordenamiento jurídico carece de un procedimiento específico general para su tramitación e imposición, lo que obliga a acudir al procedimiento administrativo general.

Tampoco regula la normativa el plazo de prescripción por lo que ha tenido que ser la doctrina judicial quien lo ha concretado. En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 26 de febrero del año 2014, recurso de apelación 679/2013, se señala que «–a falta de otra previsión específica– el plazo de prescripción ha de ser el de cuatro años establecido en el artículo 15 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, no siendo aplicable el de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil».

Por consiguiente las «penalidades» tienen naturaleza contractual no condicionada en función de como se vayan a hacer efectivas, bien mediante deducción de los pagos pendientes de abonar o mediante la ejecución de la garantía definitiva, no correspondiendo a esta Junta Consultiva informar ni interpretar la resolución de las consultas de índole tributario.

III. **Procedimiento de imposición**

Tanto el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, como la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) recogen, casi con idéntica literalidad, la posibilidad de imponer penalidades por incumplimiento de las obligaciones del contrato, entre las que se encuentra la demora en el plazo de ejecución de la prestación y el momento en el que el contratista puede solicitar la prórroga del plazo de ejecución del contrato, este último regulado en el art. 100 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).

En primer lugar vamos a analizar el procedimiento de imposición de penalidades como consecuencia de la demora en el cumplimiento de los plazos, en tanto que obligación del contrato, puesto que el contratista esta obligado a la ejecución del contrato en los plazos previstos tanto parciales como el plazo total, tal y como establece el art. 193 de la LCSP:

1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

2. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades...

Con respecto al cumplimiento de los plazos del contrato el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de mayo de 2004 señalaba que «son de carácter esencial o fijo para el contratista, sin que estén precisados de interpretación por la otra parte», y en cuanto a su vencimiento el Consejo de Estado, en su Dictamen 4533/1996, de 30 de enero de 1997, decía que «el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica ipso iure la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial».

Sin embargo esta calificación de «negocio a plazo fijo» debe ser entendida en sus justos límites, ya que es posible un cumplimiento en mora del contrato con imposición de penalidades y es al contratista, al que le corresponde desvirtuar esa presunción de culpabilidad. En este sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en informe 13/2004, de 7 de junio, en el que haciendo referencia a otro de 12 de marzo de 2004 (expediente 4/04) afirmaba *que* «la solicitud de no aplicación de penalidades ha de formularla el contratista y basarla en no ser las causas de la demora imputables al mismo».

En lo que respecta al incumplimiento de los plazos del contrato nos podemos encontrar con dos tipos de incumplimiento:

PRIMERO.– El que afecta a los plazos parciales y/o al programa de obra cuya consecuencia previsible es que se va a producir un incumplimiento del plazo total del contrato, en este caso es el Responsable del contrato – Director de la obra quien lo constatará y lo comunicará a la empresa contratista, para que manifieste lo que proceda y al órgano de contratación que podrá acordar una ampliación de los plazos con imposición de penalidades o en su caso la resolución del contrato.

Por tanto en el supuesto de incumplimiento de los plazos parciales del contrato, el mismo acuerdo del órgano de contratación, adoptado previo trámite de

audiencia del contratista, que amplia los plazos parciales y/o el plazo total puede imponer las concretas penalidades puesto que ya se conoce la demora.

SEGUNDO.– Está regulado de forma expresa en el art. 100 del RGLCAP, que sea, el propio contratista quien, ante la imposibilidad de cumplir el plazo de la prestación, quien solicite una ampliación del plazo del contrato, motivando la petición, debiendo presentar la petición en:

> *un plazo máximo de quince días desde aquel en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable ... si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Administración deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo, el contrato quedará extinguido en el día que expiré el plazo si la administración denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella. En el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades.*

De lo anterior se desprende que, es necesario que cuando se adopte el acuerdo en el que se constata el incumplimiento del contratista y le otorga una ampliación del plazo de ejecución de las obras con imposición de las penalidades/día previstas en los pliegos, no haya finalizado el plazo de ejecución de las obras, evidentemente en este primer momento no se ha podido concretar su alcance ni el importe total de las mismas, que dependerá de los efectivos días de demora.

Será necesario un segundo acuerdo en el que se concrete la cuantía total de las penalidades, que no se podrá adoptar hasta que el contratista haya finalizado las obras, momento en el que se conocen los días efectivos de demora, el importe de la penalidad se determinará con una mera operación aritmética (días de demora multiplicados por penalidad/día), evidentemente este acuerdo se notificará al contratista finalizado el contrato.

Constatada la función coercitiva de las penalidades, que pretende asegurar el cumplimiento de la obligación en plazo, debemos establecer si es posible acordar la imposición finalizado el plazo de ejecución de las prestaciones.

La jurisprudencia no se ha pronunciado de forma unánime, la Audiencia Nacional en Sentencia de 28 de enero de 2015, ha señalado que:

> *acorde a la propia naturaleza jurídica de las penalidades, como «medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación» o «función coercitiva para estimular el cumplimiento», difícilmente podemos pensar que ello cobre sentido cuando lo que se trata de asegurar, la obligación derivada del contrato de servicios de mantenimiento adjudicado del que nace, ya ha finalizado, desde hace más de un año a contar de la fecha de inicio del trámite de imposición de penalidad por la Administración.*

En el mismo sentido la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 26 de febrero de 2014:

El procedimiento para la imposición de penalidades no se inició cuando ya había finalizado la vigencia del contrato (lo que tuvo lugar el 31 de diciembre de 2010), sino con anterioridad, siendo de fecha 21 de octubre de 2010 el informe sobre incumplimientos, de fecha 14 de diciembre de 2010 el informe-propuesta de imposición de penalidades, y de fecha 22 de diciembre de 2010 el Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid acordando el inicio del expediente de imposición de penalidades en materia contractual, proponiendo la imposición de una penalidad por importe de 74 528,8 euros y concediendo audiencia al contratista, previa adopción del acuerdo correspondiente.

Sin embargo otras sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, núm. 277/2012, de 21 de febrero de 2012, avalan:

la posibilidad de imponer penalidades cuando ya ha terminado la ejecución de las obras puesto que el hecho de que la Administración no hubiera impuesto penalidades ni hubiera formulado queja alguna en el momento de la recepción de la obra no implica, sin más, que la culpa del retraso no fuese del contratista (Sentencia de la Sala Tercera, sección 4ª, de 7 de febrero de 2006), extremo que puede y debe ser apreciado en forma contradictoria.

En el supuesto de imposición terminada la ejecución de las obras la penalidad ya no tiene una función propiamente coercitiva, pero no por ello su imposición dejaría de servir a su preeminente finalidad punitiva y, en su caso, resarcitoria, en ese mismo sentido se pronuncia la Intervención General de la Comunidad de Madrid en informe de 7 de febrero de 2003:

La imposición de penalidades por demora en la ejecución del contrato no queda enervada porque se haya producido la recepción del contrato habida cuenta de que esta constituye un acto formal de conformidad con la prestación realizada que no subsana posibles incumplimientos producidos en la ejecución del contrato sin incidencia sobre el resultado de la prestación convenida. No obstante todo lo anterior, el momento más idóneo para la imposición de la penalidad debe ser durante el plazo de ejecución del contrato, ya que en esta fase la imposición de la penalidad desplegaría efectos coercitivos, conminando al contratista al cumplimiento tempestivo del contrato. Por el contrario, de ser exigida una vez consumado el incumplimiento, la penalidad quedaría desprovista de ese potencial coercitivo, mas no por ello su imposición dejaría de servir a su preeminente finalidad punitiva y, en su caso, resarcitoria»

En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación del Estado en informe 46/2012:

la responsabilidad del contratista no se extingue con la recepción de la obra sino que es necesario que transcurra el plazo de garantía sin objeciones y que aunque la mora sea apreciada por la Administración después del acta de recepción del contrato, mientras no

haya pasado el plazo de garantía establecido en el mismo, el contratista deberá responder de los daños y perjuicios que esa demora haya podido causar a la entidad contratante.

Por tanto entendemos que aunque no es posible establecer una solución general, y deberemos estar al caso concreto, lo cierto es que no es aconsejable que el acuerdo en el que se cuantifica la penalidad se demore en el tiempo, es necesario, por tanto, realizar una interpretación de las normas de aplicación que permita hallar una solución razonable sin menosprecio de los derechos del contratista a ser tenido en cuenta en el procedimiento y ello a pesar de los pronunciamientos jurisprudenciales, que permiten su imposición aunque hayan finalizado las obras, tal y como hemos puesto de manifiesto.

En el caso de que las penalidades sean consecuencia del incumplimiento del plazo total del contrato, podríamos adoptar el acuerdo en el que se concreta el importe de las penalidades, en los plazos previstos en el art. 243 de la LCSP para aprobar la certificación final que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato, es decir tres meses a partir de la recepción, que permitiría deducir las penalidades de la certificación final.

IV. **Ejecutividad del acuerdo de imposición y subsidiariedad de la garantía definitiva**

En cuanto a que el acuerdo de imposición de penalidades, sea inmediatamente ejecutivo, tal y como establece el art. 194.2 de la LCSP, esta ejecutividad, no implica que para su adopción se deba de obviar el trámite de audiencia del que debe disponer el contratista, a los efectos de constatar que la cuantía de la misma es acorde con los días de demora efectivamente producidos y poder realizar las alegaciones que considere oportunas al objeto de salvaguardar las exigencias del principio de contradicción que debe presidir todo procedimiento administrativo, sino que otorga a la administración la prerrogativa de deducir directamente las penalidades de las cantidades pendientes de pago o subsidiariamente de la garantía definitiva sin necesidad de acudir al auxilio de los tribunales.

Por tanto la incautación de la garantía definitiva tiene un carácter subsidiario y no debe iniciarse ese trámite si existe obra pendiente de certificar o pagar, cuestión que no solo está regulada de forma expresa en el citado art. 194.2 de la LCSP, sino que contamos con pronunciamientos jurisprudenciales, que establecen el carácter subsidiario, entre otros la Sentencia 290/2006, de 26 de mayo de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que lo señala de forma expresa en su Fundamento jurídico Quinto.

Evidentemente si debemos recurrir a la garantía definitiva para hacer efectivas las penalidades, por no existir obra pendiente de abonar, el contratista de-

berá reponer o ampliar aquella en el plazo previsto en el art. 109.2 de la LCSP, y ello es así puesto que la fianza debe mantenerse durante el periodo de garantía.

Finalmente, atendida la naturaleza contractual de las penalidades, esta Junta entiende que, a falta de la deseable regulación autonómica que desarrolle el art. 194 de la LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que son la ley del contrato que obliga a las partes, además de incluir penalidades por incumplimiento de las obligaciones del contrato, se refieran al plazo o a otro tipo de incumplimientos, podrían incluir un procedimiento sencillo para la tramitación de los expedientes de imposición que debería incluir al menos, propuesta del responsable del contrato –director de obra–, audiencia del contratista, propuesta jurídica y acuerdo del órgano de contratación.

V. CONCLUSIONES

ÚNICA. Las penalidades del contrato tienen naturaleza contractual y constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato entre las que se encuentra el plazo de ejecución. Por tanto el acuerdo del órgano de contratación de ampliación del plazo del contrato con imposición de penalidades deberá acordarse estando vigente el plazo del contrato, siendo posible que el acuerdo en el que se cuantifiquen las mismas se adopte en un momento posterior. La no imposición de las penalidades en los plazos anteriores no libera al contratista de sus responsabilidades por los incumplimientos producidos en la ejecución del contrato.

El hecho de que el acuerdo de imposición de penalidades sea inmediatamente ejecutivo, no implica que para su adopción se pueda prescindir el trámite de audiencia al contratista.

Las penalidades deberán deducirse en primer lugar de la obra pendiente de abonar y solo en el supuesto de que no exista o sea insuficiente, se podrán deducir subsidiariamente de la garantía definitiva, debiendo en este caso reponerse en los plazos previstos en la Ley.

Es aconsejable que los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en tanto ley del contrato que obliga a las partes, establezcan un procedimiento sencillo para la tramitación de los expedientes de imposición de penalidades, garantizando en todo caso la audiencia al contratista.

Informe 8/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 11 de abril de 2018.

Dictamen 126/2018

Sr. D. José BERMEJO VERA, Presidente
Sr. D. Jesús COLÁS TENAS
Sra. Dª. Vega ESTELLA IZQUIERDO
Sr. D. Jesús Antonio GARCÍA HUICI
Sr. D. José Manuel MARRACO ESPINÓS
Sr. D. Gabriel MORALES ARRUGA
Sra. Dª. Elisa MOREU CARBONELL

La Comisión del Consejo Consultivo de Aragón, con asistencia de los miembros que al margen se expresan, en reunión celebrada el día 29 de mayo de 2018, emitió el siguiente Dictamen.

El Consejo Consultivo de Aragón ha examinado el expediente remitido por el Consejero de Desarrollo Rural y Sostenibilidad, sobre la interpretación que debe darse a la cláusula 4.6.2 del «Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyectos y la construcción y explotación de las actuaciones necesarias para la depuración de aguas residuales de la «zona 07-A de la Comunidad autónoma de Aragón, que comprende actuaciones en los municipios de El Burgo de Ebro, Cuarte de Huerva, Fuentes de Ebro, Pastriz, La Puebla de Alfindén, Alfajarín, Nuez de Ebro, Villafranca de Ebro, Escatrón, Gelsa, Pina de Ebro, Quinto, Sástago, La Zaida y Caspe», en relación con el reajuste de los volúmenes depurados.

De los ANTECEDENTES resulta:

Primero. En virtud del contrato administrativo formalizado el 15 de junio de 2007, la unión temporal de empresas que se constituyó con la denominación

SOCIEDAD ARAGONESA DE ESTACIONES DEPURADORAS, SADEP, SA (en adelante SADEP) es titular del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción y explotación de las instalaciones incluidas en la Zona 7-A del Plan Especial de Depuración, que viene ejecutando con sujeción al proyecto de construcción, al estudio económico financiero confeccionado por el concesionario para su oferta y a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas particulares de construcción, de prescripciones técnicas particulares de explotación y sus correspondientes anexos, documentos todos previamente aprobados por el poder adjudicador y que tienen carácter contractual, al haber sido aceptados plena e incondicionalmente con la firma del contrato. El contrato con el Instituto Aragonés del Agua lo es por un plazo de 20,5 años desde el día siguiente a su firma.

Segundo. El régimen de pagos del contrato de concesión se regula en la Cláusula 4.6 del PCAP. En este sentido, la Cláusula 4.6.1 concreta las Tarifas, la Cláusula 4.6.2 trata sobre la retribución del concesionario y la Cláusula 4.6.3 regula la revisión de Precios o Tarifas. En este régimen económico se prevé una retribución al concesionario consistente en el pago de una tarifa establecida en función del volumen de agua realmente depurada en cada una de las instalaciones en funcionamiento. La tarifa se estructura en 2 tramos, A y B. El tramo A va desde cero hasta una cantidad determinada de metros cúbicos al día. Cada metro cúbico se retribuye con una tarifa específica en función de la instalación que se trate. El tramo B o segundo tramo parte del tramo A, hasta un segundo límite de metros cúbicos diarios, y se retribuye conforme a una tarifa inferior al tramo A, hasta un límite de un incremento del 10 % del caudal de diseño, exceso por el que no se devengará cobro de tarifas. En este sentido la retribución por m^3 del tramo A es superior a la del tramo B puesto que aquel tiene como finalidad cubrir los costes fijos de la concesión, mientras que el segundo remunera los costes variables del contrato. La regulación es la siguiente:

4.6.1. Tarifas.

El Instituto Aragonés del Agua retribuirá al concesionario mediante una tarifa establecida en función del volumen de agua realmente depurada en cada una de las instalaciones en funcionamiento. La tarifa estará estructurada en dos tramos, de la siguiente manera: De O a QA (m3/día) PA (euros por metro cúbico)

De QA en adelante PB (euros por metro cúbico), hasta el límite de incremento de 10 % del caudal de diseño, exceso por el que no se devengará cobro de tarifas.

Los tres parámetros (Qa, Pa, Pb) definitorios de la tarifa estarán fijados de manera individual para cada una de las instalaciones objeto del contrato, según lo ofertado por el adjudicatario, no admitiéndose que ninguno de ellos supere el respectivo parámetro establecido en el Pliego.

El Instituto Aragonés del Agua, previo informe de la Dirección del Contrato, así como de sus Servicios Técnicos que correspondan, se pronunciará sobre la bondad del procedimiento empleado para revisar las tarifas, pudiéndose acordar en su caso, la modificación o modificaciones que deban ser adoptadas, todo ello de conformidad con el procedimiento establecido al efecto.

Con carácter general, el concesionario no podrá efectuar modificación de tarifas en tanto no haya transcurrido al menos un año desde la fecha de comienzo de la prestación del servicio.

En aquellos casos en que, además de las instalaciones a las que se refiere el objeto de la concesión administrativa, sea necesaria la utilización de alguna dependencias del Órgano de contratación, para facilitar la gestión del servicio (almacenes, oficinas, etc.), los gastos de mantenimiento derivados de dicho uso, correrán a cargo del concesionario, así como las reformas o cambios que deban realizarse en ellas para la óptima consecución del objeto del contrato concesional.

4.6.2. De la retribución del concesionario: clase y cuantía

El concesionario, como retribución por la ejecución del proyecto, la obra y su explotación, obtendrá una serie de ingresos de periodicidad mensual, de acuerdo con la tarifa por tramos aquí definida.

Durante la fase de redacción del proyecto y ejecución de las obras, el concesionario no percibirá cantidad alguna. Una vez firmada el acta de comprobación de fin de obra y comenzado a prestar el servicio de funcionamiento de las instalaciones de la zona objeto de contrato, comenzará el derecho del concesionario a percibir las tarifas de retribución de la concesión.

El importe de dichas tarifas será abonado mensualmente, coincidiendo con meses naturales, directamente por el Instituto Aragonés del Agua. Durante el primer año de explotación serán de aplicación las tarifas ofertadas por el concesionario en su oferta, sin que haya lugar a revisión de precios ni modificación de las mismas.

La retribución se abonará mediante certificaciones mensuales, que se ajustarán a la siguiente fórmula:

$$C = \sum_{i=1}^{N} (V_{Ai} P_{Ai} + V_{Bi} P_{Bi})$$

$$V_{Ai} = min\ (V_{Ri}; T_{i+QAi})$$

$$V_{Bi = V_{Ri} - V_{Ai\ 2O}}$$

$$V_{Ri\ T_I\ Q_{Bi}}$$

siendo $Q_{Bi=1,1Q_{Di-QAi}}$

Donde:

C = retribución total a percibir por el concesionario durante el período de pago (euros)
N = número de instalaciones objeto del contrato, referida cada una por el subíndice i

V_{Ai}, V_{Bi} = volúmenes aplicables a tos tramos A y B de la tarifa, para cada instalación (m^3)
P_{Ai}, P_{Bi} = precios de tos tramos A y B de la tarifa, para cada instalación (euros/m^3)
Q_{Ai} = caudal que define el límite entre tos tramos A y B, para cada instalación (m^3/día)
V_{Ri} = volumen realmente tratado en el período de pago en cada instalación (m^3)
Q_{Di} = caudal medio de diseño de cada instalación, expresado en m^3/d.
T_i = tiempo de funcionamiento real de cada instalación en el período de pago (días)

Haciendo referencia el subíndice i a cada instalación para la que se solicita establecimiento de coeficientes en el Pliego Técnico.

Los precios a introducir en la fórmula son con IVA incluido y, por tanto, el vigente en cada período de pago. Los volúmenes aplicables al tramo A –y tos del tramo B en concordancia– podrán reajustarse sobre una base como máximo anual, coincidiendo con los ciclos de revisión de tarifas, teniendo en cuenta siempre los días de funcionamiento real en el período de que se trate.

En cualquier caso, ante una paralización del servicio público asociado a cualquiera de las instalaciones que explota el concesionario, este no tendrá derecho a percibir tarifa alguna de la instalación (EDAR o EBAR) que se haya visto afectada por la paralización.

Tercero. Según el Instituto Aragonés del Agua (en adelante IAA), el anexo VII del PCAP recoge las variables económicas propuestas y establece los caudales por día y tarifas de licitación. La diferencia de precio entre facturar los servicios de depuración en el tramo A o en el tramo B es sustancial. El PCAP, en la regulación del régimen de pagos al concesionario, señala una fórmula de retribución que resulta de la suma de los precios pagados por el agua depurada dentro del tramo A y la correspondiente al tramo B; la razón de esta diferenciación estriba en que el tramo A está calculado para cubrir los costes fijos de la concesión (amortizaciones, cargas financieras, mantenimiento en general, etc.), y por ello debe ser una cantidad más o menos constante, y el tramo B vendría fundamentado en la retribución de costes variables, asegurando un flujo económico cierto al contratista que garantiza la continuidad del contrato de concesión.

Cuarto. El 21 de junio de 2016, el representante de la concesionaria presentó una solicitud en el Instituto Aragonés del Agua reclamando el reajuste anual de volúmenes, aplicables a los tramos A y B de las instalaciones incluidas en el contrato de concesión a su cargo en el periodo anual de 25 de abril de 2015 a 24 de abril de 2016, con fundamento en la práctica seguida en años anteriores y en la previsión contenida en la cláusula 4.6.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) que establece: «Los volúmenes aplicables al tramo A –y los del tramo B en concordancia– podrán reajustarse sobre una base como máximo anual, coincidiendo con los ciclos de revisión de tarifas, teniendo en cuenta siempre los días de funcionamiento real en el período de que se trate».

Quinto. Esta petición fue contestada mediante un escrito de 14 de julio de 2016 (Registro de Salida de 20 de julio, número 225952), de la Directora del Instituto Aragonés del Agua, donde se informaba a la sociedad concesionaria de los siguientes aspectos:

- Las cuestiones relativas al riesgo que asume el concesionario, sus derechos y obligaciones y el régimen de pagos por la prestación del servicio vienen reguladas con detalle en el PCAP, aprobado por Resolución del Presidente del Instituto Aragonés del Agua de fecha 2 de agosto de 2006. Se hacía cita expresa de los puntos relativos al riesgo que asume el contratista, derechos del concesionario, mantenimiento del equilibrio económico del contrato y régimen de pagos por la prestación de los servicios.
- El anexo VII del PCAP de la Zona 7-A recoge las variables económicas propuestas, estableciendo los caudales por día y tarifas de licitación, y muestra, a la vista de los datos de cada planta, que la diferencia de precio entre facturar los servicios de depuración en el tramo A o en el tramo B es sustancial. El PCAP, en la regulación del régimen de pagos al concesionario, señala una fórmula de retribución que resulta de la suma de los precios pagados por el agua depurada dentro del tramo A y la correspondiente al tramo B; en ejercicio de las prerrogativas que le atribuye la Ley, y al amparo de la cláusula 4.6.2 del PCAP, el órgano de contratación (Presidente del Instituto Aragonés del Agua) se halla facultado para, de oficio o a solicitud del concesionario, reajustar el anual de volúmenes aplicables a los tramos A y B sobre la base del máximo anual, coincidiendo con los ciclos de revisión de las tarifas. Dado el carácter potestativo de la posibilidad del reajuste de volúmenes («podrán reajustarse»), la decisión debe fundamentarse en la presencia de circunstancias que produzcan un efecto distorsionador en la asignación de volúmenes entre los tramos A y B, ajenas a la voluntad o al trabajo del contratista, debidamente justificadas y acreditadas por el concesionario.
- El escrito presentado por la concesionaria, solicitando el reajuste de los volúmenes aplicables a los tramos A y B, no acredita la presencia de circunstancias extraordinarias que, incidiendo negativamente en la gestión, lo justifiquen. La decisión de apurar al máximo el tramo A y dejar en situación residual el tramo B, como se desprende de la solicitud, podría ser considerada un mecanismo de mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión, sin que concurran las causas que, según la cláusula 4.3 del PCAP, fundamentan la intervención del órgano de contratación para restablecer dicho equilibrio: modificación unilateral por parte de la Administración de las condiciones de explotación de la obra por razones de

interés público, o causas de fuerza mayor o actuaciones administrativas que rompen la economía de la concesión.

Como resumen de la respuesta, se informaba a la sociedad concesionaria:

1ª.– El reajuste de los volúmenes depurados a los tramos A y B es una posibilidad prevista en la cláusula 4.6.2 del PCAP que rigió la licitación de la zona analizada, que consta de forma similar en los pliegos de los otros contratos de concesión de EDAR dependientes del Instituto Aragonés del Agua.

2ª.– La expresada cláusula establece la posibilidad de reajuste de volúmenes «sobre una base como máximo anual». Sí bien es una de las opciones posibles, el reajuste ya se realiza actualmente con referencia mensual, porque la liquidación comprensiva de ese periodo compensa los excesos de tramo A de los días en que ha podido entrar más agua con aquellos en que se quede por debajo de ese límite, garantizando la retribución correspondiente al mismo. El proceso se desfigura cuando se consideran los cómputos anuales como regla general para hacer el reajuste: compensar siempre los excesos sobre el tramo A puede beneficiar sin razón al contratista (si no se acreditan circunstancias que justifiquen debidamente esta forma de proceder), en tanto que la compensación incrementa el tramo A en los meses de menor circulación, al trasladarse a ellos volúmenes que deberían haber sido facturados en tramo B, lo que anula en la práctica el efecto de este tramo B.

3ª.– Dado que se trata de una decisión discrecional, deberá estar fundamentada en la constatación de circunstancias que exceden del normal funcionamiento de la planta y producen un efecto distorsionador en la asignación de volúmenes entre los tramos A y B, ajenas a la voluntad o al trabajo del contratista. A tal fin, la solicitud de reajuste deberá acreditar la presencia de circunstancias que lo justifican para, una vez comprobada su concurrencia, elevar la resolución al órgano de contratación para que resuelva según proceda».

En base a los argumentos del escrito referido, la Directora del Instituto Aragonés del Agua, el 13 de octubre de 2016, dictó resolución por la que se desestimaba la solicitud formulada por la sociedad concesionaria SADEP, relativa al reajuste anual de caudales en sus tramos A y B en el periodo de 25 de abril de 2015 a 24 de abril de 2016, al no concurrir circunstancias que lo justifiquen.

Sexto. El 29 de noviembre de 2016, es el Presidente del Instituto Aragonés del Agua quien dicta resolución, por la que se desestima la solicitud formulada por la sociedad concesionaria SADEP, relativa al reajuste anual de caudales en sus tramos A y B en el periodo de 25 de abril de 2015 a 24 de abril de 2016, al no concurrir circunstancias que lo justifiquen

Séptimo. La concesionaria SADEP interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Presidente de Instituto Aragonés del Agua de 29 de noviembre de 2017. El 3 de octubre de 2017, se dictó, por el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Zaragoza, la sentencia 199/2017, por la que se resuelve el recurso interpuesto por la concesionaria contra la «Resolución de 29 de noviembre de 2016, del Presidente del Instituto Aragonés del Agua, por la que se desestima la petición de reajuste de tarifas formulada por la Sociedad Aragonesa de Estaciones Depuradoras, SADEP SA, adjudicataria del contrato administrativo de concesión de obra pública para la redacción de proyectos, construcción y explotación de las actuaciones incluidas en la zona 07-A del Plan Especial de Depuración. Expte. C21/2006».

La sentencia estima parcialmente el recurso, ordenando la retroacción de actuaciones en el sentido expresado en el Fundamento Jurídico Cuarto, donde se determina que, al no haberse seguido el procedimiento aplicable en materia de interpretación de contratos públicos, «procede acordar una retroacción de actuaciones, en la que deberá darse audiencia a la parte actora e interesarse la evacuación de un informe por parte del Consejo Consultivo de Aragón».

En particular la sentencia, en su fundamento jurídico cuarto, expone:

Expuestos los argumentos de las partes, este Juzgado debe analizar, en primer lugar, si se ha llevado a efecto un ejercicio de la potestad de interpretación de los contratos, existiendo oposición de la contratista. Pues bien, este Juzgado, valorando los documentos obrantes en autos y los particulares del expediente administrativo, ha llegado a una conclusión afirmativa. Ello es así, de entrada, porque es indudable un cambio de criterio de la Administración si se repara en la motivación de las resoluciones aportadas en las que, con anterioridad, y de oficio, se reconocía el criterio de aplicación de las tarifas del PCAP, del que ahora se separa la Administración en la actuación impugnada. En efecto, en la resolución de 15 de mayo de 2015, documento nº 4, se expresó: «De esta manera, al reajuste anualmente los volúmenes de agua depurados teniendo en cuenta los días de funcionamiento de las instalaciones supone una adecuación en cómputo anual a las previsiones de afluencia de agua residual a cada una de las instalaciones establecidas en las condiciones de licitación del contrato, minorando el efecto distorsionador que sobre estos cómputos anuales tienen episodios ocasionales de lluvias, variación estacional, etc., que al sobrepasar el tramo A de manera puntual son retribuidos dentro del tramo B (sensiblemente de menor cuantía), cuando si se tratara en términos anuales esas aguas deberían contabilizarse dentro del primer tramo (tramo A), pasando a retribuirse solo en tramo B cuando se hubiera llegado al 100 % del tramo A». Este planteamiento es alterado en la resolución impugnada cuando se dice que «la sociedad concesionaria no ha aportado razones que justifiquen un reajuste anual, no podrían ser consideradas en tal condición los episodios ocasionales de lluvias o (como han alegado otras empresas concesionarias de contratos de la misma naturaleza) el incremento poblacional en los meses de verano o períodos vacacionales [...]». *Ante tal variación de criterio, este Juz-*

gado entiende que resulta procedente haber respetado el procedimiento fijado en la legislación contractual aplicable para el ejercicio de la potestad de interpretación de los contratos y, en concreto, el procedimiento que debe observarse cuando existe oposición de la Administración, por lo que sería necesario contar con el correspondiente dictamen del órgano consultivo autonómico.

Octavo. El Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón, mediante informe de 19 de diciembre de 2017, solicita se dicte orden por la que se le autorice para no interponer recurso de apelación contra la referida sentencia 199/2017 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza, por considerar que la misma presenta sólidos fundamentos jurídicos y porque entiende favorable, para los intereses del Instituto Aragonés del Agua, la solución con la que se resuelve el litigio.

Por Orden del Consejero de Desarrollo Rural y Sostenibilidad de 8 de enero de 2018, se resuelve en el sentido indicado en la solicitud del letrado de la Comunidad Autónoma.

Conforme a ello, y de acuerdo con lo establecido en el art. 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se abrió un trámite de audiencia al contratista y se solicitaron informes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de l a Intervención General; este último porque, aunque el Instituto no tenga fiscalización previa, el acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de diciembre de 2008 ordenaba someter a su informe las eventuales modificaciones sobre los contratos sujetos a régimen de concesión de obra pública.

Noveno. Notificado a la sociedad concesionaria SADEP el trámite de audiencia en cumplimiento de la Sentencia núm. 199/2017, del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 1 de Zaragoza, relativa al reajuste de tarifas del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyectos, construcción y explotación de las actuaciones incluidas en la zona 07-A del Plan Especial de Depuración, alega que el IAA ha variado de criterio en cuanto a la interpretación del régimen de pagos del Contrato de Concesión y, en particular, en relación a dos cuestiones: el carácter automático del reajuste de volúmenes y las concretas circunstancias que dan derecho a dicho reajuste.

Así, de acuerdo con el IAA, el reajuste ya no procede de forma automática sino que debe solicitarse previamente por el concesionario y, además, este debe acreditar la concurrencia de circunstancias extraordinarias que justifiquen el reajuste no pudiendo admitirse –como hacía hasta la fecha el IAA– las concretas razones que cada año daban lugar al reajuste, como son «episodios ocasionales

de lluvias, variación estacional, etc.». También cuestiona el IAA que el reajuste deba ser anual.

La empresa SADEP se muestra en desacuerdo con esta interpretación que hace el IAA de la Cláusula 4.6.2 del PCAP; y, concretamente, en cuanto al fondo a la procedencia, alcance y presupuestos para el reajuste de los tramos A y B del Contrato de Concesión previsto en dicha cláusula.

En resumen, la empresa SADEP considera que la resolución de 29 de noviembre de 2016 del Presidente de Instituto Aragonés del Agua se fundamenta en un criterio diametralmente opuesto al expresado por el IAA en los ejercicios anteriores. Pues, no es solo que en lugar de practicar el reajuste de oficio ahora la Administración considera que ha de solicitarse tal reajuste justificando unas supuestas causas extraordinarias, sino que las concretas razones que cada año ameritaban el reajuste al criterio de los servicios técnicos del IAA, es decir, los «episodios ocasionales de lluvias, variación estacional, etc.» de repente ya no son «ni podrían ser consideradas» razones que justifiquen un reajuste de los tramos A y B del Contrato.

De manera que el IAA ha variado de criterio en cuanto a la interpretación del régimen de pagos del Contrato de Concesión y, en particular, en relación a dos cuestiones: (i) el carácter automático del reajuste de volúmenes y (ii) las concretas circunstancias que dan derecho a dicho reajuste.

Así, de acuerdo con el IAA, el reajuste ya no procede de forma automática sino que debe solicitarse previamente por el concesionario; y, además, este debe acreditar la concurrencia de circunstancias extraordinarias que justifiquen el reajuste no pudiendo admitirse –como hacía hasta la fecha el IAA– las concretas razones que cada año daban lugar al reajuste como son «*episodios ocasionales de lluvias, variación estacional, etc.*». También cuestiona el IAA que el reajuste deba ser anual.

Décimo. El 1 de diciembre de 2017, la interventora General del Gobierno de Aragón, emite informe sobre la solicitud de reajuste de volúmenes de caudales de agua del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyectos, construcción y explotación de las actuaciones incluidas en la Zona 07-A del Plan Aragonés de Saneamiento y Depuración, planteada por la empresa concesionaria, en el que manifiesta, entre otras consideraciones las siguientes:

> *No obstante, es necesario analizar si el reajuste que se propone, que supone una retribución adicional al contratista, se produce en unas circunstancias que no altera las condiciones sobre la transferencia de riesgos que dieron fugar a fa calificación del contrato.*
>
> *El PCPA, en la regulación del régimen de retribución del concesionario, propone una tarifa por tramos de tal manera que los pagos resultan de la suma del precio por*

agua depurada en el tramo A más el precio del agua depurada en el tramo B, siendo el precio del tramo B sustancialmente inferior al tramo A. Con esta estructura tarifaría se pretende abonar un precio superior para los primeros metros cúbicos de agua depurada con el fin de compensar los costes fijos de la concesionaria, retribuyendo en menor cuantía el resto del volumen de depuración al considerar que en ese tramo dichos costes ya se han cubierto.

El importe de las tarifas, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 4.6.2, debe ser abonado al contratista mensualmente en función de dichos tramos. No obstante, dicha cláusula indica más adelante: «Los volúmenes aplicables al tramo A –y los del tramo 8 en concordancia– podrán reajustarse sobre una base como máximo anual, coincidiendo con los cíe/os de revisión de las tarifas, teniendo en cuenta siempre los días de funcionamiento real en el periodo de que se trate.

Por lo tanto, el reajuste de volúmenes es una cuestión prevista en el pliego que fue ya informado por el Grupo de Trabajo de Contabilidad Nacional y su aplicación no desvirtúa las conclusiones alcanzadas en dicho informe ya que el objetivo de dicho reajuste es retribuir al contratista en función del caudal de agua efectivamente depurada en términos anuales, sin que se le garantice un nivel determinado de retribución, pudiendo ser igual a cero en el caso de paralización de las instalaciones al reajustar teniendo en cuenta los días reales de funcionamiento.

En definitiva, no se trata de una modificación de las tarifas que fueron objeto de la licitación, sino la aplicación de un criterio temporal en la medida del volumen de caudales depurados, por lo que no se altera el argumento que justificaba la transmisión del riesgo de demanda al concesionario

Por último, en relación con la interpretación de la cláusula, y aunque no es el tema central de este informe, se quiere manifestar que esta Intervención comparte la interpretación que en la actualidad realiza el Instituto Aragonés del Agua. El reajuste de volúmenes es una cuestión prevista en el pliego, si bien, parece que no debería operar con carácter automático ya que la regla general establecida en el PCAP es la retribución al contratista con una periodicidad mensual, lo que obliga a realizar la medición de los caudales con ese mismo ritmo sin que la regularización anual se haya establecido como un precepto obligatorio.

Por ello, el reajuste de los caudales sobre una base anual, decisión potestativa para la Administración, debería ser una circunstancia especial que responda a situaciones concretas que deberían de haber estado previstas en el pliego. Pero al no ser así, y puesto que la voluntad del órgano de contratación es la valoración en cada caso de su procedencia, se deben analizar y concretar los supuestos que dan lugar a dicho reajuste, como pudiera ser la variación estacional de la población o una aguda intensidad de las precipitaciones, o cualquier otra alteración que haya provocado una distorsión extraordinaria en las series mensuales de caudales siempre que, siendo alegada por el contratista por causas no imputables al mismo, el Instituto Aragonés del Agua considere que justifique el cambio de base para la medición y se documente su existencia.

Undécimo. El informe de la letrada de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, de 7 de marzo de 2018, informa favorablemente la propuesta de interpretación del contrato.

Duodécimo. Finalmente, el Consejero de Desarrollo Rural y Sostenibilidad del Gobierno de Aragón formula «Propuesta de resolución relativa al expediente de reajuste de tarifas en el contrato de concesión de obra pública de la zona 07-A del Plan Especial de Depuración que se somete a consideración del Consejo Consultivo de Aragón para la emisión de dictamen», que lleva fecha de 20 de marzo de 2018, y que literalmente concluye:

> *En ejercicio de estas prerrogativas, y al amparo de la citada cláusula 4.6.2 del PCAP, el órgano de contratación se halla facultado para reajustar dichos volúmenes de agua depurada sobre la base del máximo anual. Así, de oficio o a solicitud del concesionario, podrá acordar el reajuste anual de volúmenes aplicables a los tramos A y 8, sobre la base del máximo anual, coincidiendo con los ciclos de revisión de las tarifas, siempre que se den las circunstancias que así lo justifiquen.*
>
> *PROPUESTA DE RESOLUCIÓN*
>
> *Desestimar la solicitud formulada por la sociedad concesionaria «SOCIEDAD ARAGONESA DE ESTACIONES DEPURADORAS, SADEP, SA», titular del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción y explotación de las instalaciones incluidas en la Zona 7-A del Plan Especial de Depuración, relativa al reajuste anual de caudales en sus tramos A y B en el periodo de 25 de abril de 2015 a 24 de abril de 2016, al no concurrir circunstancias que lo justifiquen.*

Decimotercero.–El Consejero de Desarrollo Rural y Sostenibilidad del Gobierno de Aragón solicita el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Aragón, mediante escrito de 22 de marzo de 2018 y registro de entrada de 18 de abril de 2018, adjuntando una copia del expediente administrativo y la relación de los documentos que lo conforman.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

Competencia del Consejo Consultivo de Aragón

1 El dictamen solicitado se encuentra entre las competencias del Consejo Consultivo de Aragón y tiene además carácter preceptivo según el art.

15.8 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón, que impone la consulta al CONSEJO en los casos de:

> *Interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista, y en las modificaciones de los contratos, cuando su cuantía conjunta o aisladamente sea superior a un 20 % del precio primitivo del contrato y este sea igual o superior a 6 000 000 euros.*

2 En función de lo que disponen los arts. 19 y 20 de la misma Ley 1/2009, resulta competente la Comisión para la emisión del dictamen.

3 Por su parte, el art. 59, apdo. 3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), aplicable en este caso, puesto que el contrato se formalizó el 15 de junio de 2007, dispone igualmente que «[...], será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: *a*) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista».

II

Procedimiento aplicable

4 Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable al contrato administrativo cuya interpretación es objeto de consulta, conviene recordar que la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, establece que los contratos administrativos adjudicados antes de la entrada en vigor de esa ley se rigen, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por la normativa anterior. En el mismo sentido la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Por ello dado que en nuestro caso el contrato se formalizó el día el 15 de junio de 2007, la legislación aplicable al contrato está formada por TRLCAP.

5 En cuanto al procedimiento para resolver las incidencias que surjan entre la Administración y el contratista sobre la interpretación de los contratos, se encuentra establecido en el art. 97 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que exige un expediente contradictorio que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

6 En el expediente se han cumplido los trámites citados, a falta del dictamen del Consejo Consultivo de Aragón.

7 En cuanto al órgano legitimado para resolver el procedimiento de interpretación contractual, cabe señalar que corresponde al órgano de contratación conforme al art. 59.1 TRLCAP.

III

La interpretación de los contratos del sector público

8 La prerrogativa que para interpretar los contratos goza la Administración no tiene otro alcance que el de fijar inicialmente el verdadero contenido del contrato, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las reglas contenidas en el Código Civil. No se trata, por tanto, de una facultad que permita establecer libremente el contenido de las cláusulas y pactos del contrato; y, por eso, esta facultad está sometida a criterios restrictivos y a revisión jurisdiccional.

9 En cuanto al contenido y alcance de la prerrogativa de interpretación de los contratos, la STS de 10 de febrero de 1999 los caracteriza señalando que «la facultad interpretativa de la Administración no tiene otro alcance que el encontrar el verdadero sentido y contenido a las cláusulas a que se someten las partes, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las reglas que con carácter general establecen los arts. 1281 y siguientes del Código Civil, criterio que además ha sido tenido en cuenta, igualmente, por el Consejo de Estado (así en dictámenes de 23 de noviembre de 1961, 3 de mayo de 1962 y 24 de abril de 1969, entre otros)».

10 La cuestión que se plantea en este procedimiento consiste en determinar si resulta conforme a derecho la interpretación del contrato, contenida en la resolución de 29 de noviembre de 2016 –y ahora en la propuesta de interpretación del contrato formulada por el Presidente de Instituto Aragonés

del Agua–, por la que se desestima la solicitud formulada por la sociedad concesionaria SADEP, relativa al reajuste anual de caudales en sus tramos A y B en el periodo de 25 de abril de 2015 a 24 de abril de 2016, al no concurrir circunstancias que lo justifiquen, en atención a la siguiente argumentación:

> *1ª.– El reajuste de los volúmenes depurados a los tramos A y B es una posibilidad prevista en la cláusula 4.6.2 del PCAP que rigió la licitación de la zona analizada, que consta de forma similar en los pliegos de los otros contratos de concesión de EDAR dependientes del Instituto Aragonés del Agua.*
>
> *2ª.– La expresada cláusula establece la posibilidad de reajuste de volúmenes «sobre una base como máximo anual». Sí bien es una de las opciones posibles, el reajuste ya se realiza actualmente con referencia mensual, porque la liquidación comprensiva de ese periodo compensa los excesos de tramo A de los días en que ha podido entrar más agua con aquellos en que se quede por debajo de ese límite, garantizando la retribución correspondiente al mismo. El proceso se desfigura cuando se consideran los cómputos anuales como regla general para hacer el reajuste: compensar siempre los excesos sobre el tramo A puede beneficiar sin razón al contratista (si no se acreditan circunstancias que justifiquen debidamente esta forma de proceder), en tanto que la compensación incrementa el tramo A en los meses de menor circulación, al trasladarse a ellos volúmenes que deberían haber sido facturados en tramo B, lo que anula en la práctica el efecto de este tramo B.*
>
> *3ª.– Dado que se trata de una decisión discrecional, deberá estar fundamentada en la constatación de circunstancias que exceden del normal funcionamiento de la planta y producen un efecto distorsionador en la asignación de volúmenes entre los tramos A y B, ajenas a la voluntad o al trabajo del contratista. A tal fin, la solicitud de reajuste deberá acreditar la presencia de circunstancias que lo justifican para, una vez comprobada su concurrencia, elevar la resolución al órgano de contratación para que resuelva según proceda.*

11 En este supuesto, el Instituto Aragonés del Agua ejercita su facultad de interpretación contractual, regulada en el art. 59 TRLCAP que dispone: «Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y a los efectos que señala esta ley, el órgano de contratación tiene la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razón de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta».

12 La determinación del alcance de la cláusula 4.6.2 del PCAP, del contrato de concesión de obra pública –para la redacción de proyectos y la construcción y explotación de las actuaciones necesarias para la depuración de aguas residuales de la «zona 07-A» de la Comunidad autónoma de Aragón–, requiere la aplicación de las reglas sobre la interpretación de los contratos.

13 La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en entender aplicables a los contratos administrativos las reglas sobre la interpretación de los contratos que se incluyen en los arts. 1281 y siguientes del Código Civil. Estas normas pretenden la averiguación y comprensión del sentido y alcance de las declaraciones de voluntad emitidas por las partes contratantes.

14 Con este fin, los arts. 1281 a 1289 se presentan a modo de conjunto armónico, como un cuerpo subordinado y complementario entre sí. Así, para la STS de 11 de marzo de 1996 en dichos preceptos se contienen «reglas interpretativas tan lógicas, simples y habituales como el referente al entendimiento de las cláusulas contractuales conforme a su sentido literal, si sus términos fueren claros y no dejan duda de su significado, así como que no pueden entenderse comprendidos en un contrato cosas distintas y caso diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar».

15 Los arts. 1281 y siguientes del Código Civil constituyen un conjunto complementario entre sí, si bien el punto de partida es la prevalencia del tenor literal de las cláusulas frente a otras reglas interpretativas. Así, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (entre otras las sentencias de 3 junio 1999 y de 8 marzo 2000) declara que el conjunto normativo relativo a la interpretación de los contratos del Código Civil se encuentra ordenado jerárquicamente, ostentando el art. 1281 el carácter de regla preferencial o prioritaria respecto de las restantes reglas extraídas de los preceptos que le siguen.

16 Como es sabido, el art. 1281 CC establece, en su primer párrafo, que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas». Pues bien, esta doctrina ha sido totalmente asumida por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en relación con la interpretación de los contratos administrativos. Por ejemplo, según la STS de 30 de octubre de 2001:

> *Tampoco se constata la vulneración del artículo 1281.1 del Código Civil, que establece que los términos de un contrato, cuando estos son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, implican atenerse al sentido literal de sus cláusulas y en el párrafo segundo del mismo precepto (artículo 1281 del Código Civil) se reconoce que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas. También la Sala Primera y esta Sala han precisado que el conjunto de normas que regula la función exegética, constituye un conjunto complementario entre sí, en cuyo conjunto tiene rango prioritario y preferencial el primer párrafo del artículo 1281 del Código Civil, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja lugar a dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que funcionan con el ca-*

> *rácter de normas subsidiarias respecto a lo que preconiza la interpretación literal, como han reconocido las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1983, 3 de mayo de 1984, 22 de junio de 1984, 18 de septiembre de 1985, 15 de julio de 1986, 20 de diciembre de 1988, 19 de enero de 1990, 7 de julio de 1995, 28 de julio de 1995 y 30 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9620).*

17 Por tanto, como afirma la STS 18 de diciembre de 2000, no cabe acudir a los preceptos que el Código Civil dedica a la interpretación de los contratos si las cláusulas del pliego de condiciones o de la oferta no son dudosas ni oscuras, sino perfectamente claras.

18 Y, en este sentido, la literalidad de la cláusula 4.6.2 del PCAP, es clara: «Los volúmenes aplicables al tramo A – y los del tramo B en concordancia– *podrán* reajustarse sobre una base como máximo anual, coincidiendo con los ciclos de revisión de tarifas, teniendo en cuenta siempre los días de funcionamiento real en el período de que se trate».

19 Cuando se utiliza el término «podrá/n» en los textos legales y en los documentos jurídicos, con carácter general, se realiza como alternativa a términos imperativos («realizará» o «declarará», etc.), de manera que se está diseñando una competencia o funcionalidad en términos potestativos, esto es, facultativos para el titular o sujeto de la misma. En cambio, cuando se utiliza la fórmula imperativa («realizará» o «declarará»), el titular o sujeto de la misma queda obligado a actuar si se dan los presupuestos de la norma o documento obligacional.

20 Es cierto que en algunas ocasiones la jurisprudencia es correctora de tal criterio, e incluso en ocasiones la jurisprudencia sacrifica la literalidad de la Ley por la congruencia. Pero con carácter general, el término «podrá/n» diseña una competencia o funcionalidad en términos potestativos.

21 Ahora bien, ha sido el propio órgano de contratación, el IAA, quien ha venido aplicando la cláusula 4.6.2 del PCAP, desde el inicio del contrato, en la forma y con la postura que ahora mantiene la concesionara.

22 Es por ello que ahora modifica su criterio para adaptarlo al sentido del PCAP, y así se argumenta que:

> *El proceso se desfigura cuando se consideran los cómputos anuales como regla general para hacer el reajuste: compensar siempre los excesos sobre el tramo A puede beneficiar sin razón al contratista (si no se acreditan circunstancias que justifiquen debidamente esta forma de proceder), en tanto que la compensación incrementa el tramo A en los meses de menor circulación, al trasladarse a ellos volúmenes que deberían haber sido facturados en tramo B, lo que anula en la práctica el efecto de este tramo B.*

23 Es posible que hubiera sido necesario, explicar con mayor detalle por qué se desfigura el proceso, cuando se consideran los cómputos anuales, como regla general para hacer el reajuste. Y sobre todo por qué, de ser así, el IAA venía realizando los ajustes en término anual con anterioridad.

24 También debería haberse concretado en el expediente en qué medida puede beneficiar al contratista compensar siempre los excesos sobre el tramo A. Y también debería haberse despejado la duda, que plantea el concesionario, de si realizando los ajustes en términos mensuales no se perjudica al contratista, en el sentido de que pudieran existir caudales de agua depurada que no obtuvieran retribución.

25 Pese a todo lo expuesto, lo cierto es que el PCAP, en la regulación del régimen de retribución del concesionario, establece una tarifa por tramos de tal manera que los pagos resultan de la suma del precio por agua depurada en el tramo A más el precio del agua depurada en el tramo B, siendo el precio del tramo B sustancialmente inferior al tramo A. Es el anexo VII del PCAP donde se recogen las variables económicas propuestas, estableciendo los caudales por día y tarifas de licitación.

26 Con esta estructura tarifaria se pretende abonar un precio superior para los primeros metros cúbicos de agua depurada con el fin de compensar los costes fijos de la concesionaria, retribuyendo en menor cuantía el resto del volumen de depuración al considerar que en ese tramo dichos costes ya se han cubierto. Y, lo que es más importante, el importe de las tarifas, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 4.6.2 PCAP, debe ser abonado al contratista mensualmente en función de dichos tramos. Y este es el sistema ordinario de retribución del contratista, sin que exija o establezca, con carácter anual, la obligación de llevar a cabo reajustes.

27 Y es que la diferencia de precio entre facturar los servicios de depuración en el tramo A o en el B es trascendental y decisiva, por la diferencia de precios entre el tramo A y el B. Y es por ello, como señala el informe de la letrada de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, de 7 de marzo de 2018, que la decisión de apurar al máximo el tramo A y dejar en situación residual el tramo B podría ser considerada un mecanismo de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato de concesión sin que concurran las causas que, según la cláusula 4.3 del PCAP, fundamentan la intervención del órgano de contratación para reestablecer dicho equilibrio.

28 Y hemos de recordar que el PCAP constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los contratistas, así como el propio órgano de contratación. El valor vinculante del PCAP lo convierte en la auténtica *lex contractus*.

29 Como señala la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el PCAP es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el *pacta sunt servanda*; y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo art. 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas.

30 La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, art. 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.

31 Y parece obvio que aquí las palabras del PCAP son claras y diáfanas. La cláusula 4.6.2 del PCAP, es clara: los volúmenes aplicables al tramo A –y los del tramo B en concordancia– *podrán* reajustarse sobre una base como máximo anual, coincidiendo con los ciclos de revisión de tarifas, teniendo en cuenta siempre los días de funcionamiento real en el período de que se trate. Y es evidente que podrán reajustarse cuando deban reajustarse, porque exista necesidad de ello.

32 Es decir, no existe en la cláusula 4.6.2 del PCAP oscuridad o ambigüedad que impida una interpretación unívoca del mismo, antes bien y al contrario existe claridad. Cuestión distinta, es que se desconocen las razones que han llevado al IAA al reajuste anual de los volúmenes en un sentido diferente al establecido por el PCAP. Pero ese precedente, en la forma de aplicar los reajustes, no puede servir de amparo para seguir manteniendo un criterio que es contrario al propio PCAP; pues de admitirse tal posibilidad, estaríamos admitiendo, por la mera razón del precedente o la costumbre, actuaciones contrarias a la norma que las regula.

33 En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido obligacional, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que concurrieron al procedimiento de licitación en el entendimiento de que contenido de la cláusula 4.6.2 del PCAP, establece una posibilidad en función de determinadas circunstancias, pero no una obligación anual de llevar a cabo reajustes entre los tramos A y B.

34 Es cierto que el órgano de contratación no puede ir contra sus propios actos, pero no existe aquí una manifestación de tal principio, pues de la propues-

ta de interpretación se deriva que no se ven afectadas las resoluciones anteriores sobre reajustes que ha llevado a cabo el órgano de contratación. Y los actos aprobatorios de los reajustes de cada anualidad se agotan en su propio cumplimiento, no crean ni generan derechos hacia el futuro porque no son actos declarativos de derechos que vinculen al órgano de contratación.

35 Y, aunque es cierto que se ha producido un cambio de criterio, no es menos cierto que el órgano de contratación no puede ir contra el mandato establecido en el PCAP, y no puede convertir una competencia o funcionalidad potestativa, o facultativa, en obligatoria, porque afecta al contenido material del mismo y supone una vulneración de la ley del contrato a la que deben sujetarse los contratistas, así como el propio órgano de contratación.

36 Finalmente, la interpretación que conlleva la propuesta que se somete a dictamen, no es arbitraria, queda suficientemente explicada, y no elimina ni cierra la posibilidad del reconocimiento al reajuste de volúmenes en términos anuales.

37 En realidad, la finalidad de la propuesta de interpretación es concretar y especificar, en cada anualidad, las circunstancias que provocan el reajuste. Circunstancias que ni pueden ni deben darse por supuestas, como al parecer ha venido ocurriendo en anteriores resoluciones.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Aragón formula el siguiente DICTAMEN:

Que considera ajustada a Derecho, y por ello se informa favorablemente, la «Propuesta de resolución relativa al expediente de reajuste de tarifas en el contrato de concesión de obra pública de la zona 07-A del Plan Especial de Depuración que se somete a consideración del Consejo Consultivo de Aragón para la emisión de dictamen», de 20 de marzo de 2018.

En Zaragoza, a veintinueve de mayo de dos mil dieciocho.

RECENSIONES

La recentralización de competencias en materia de protección de medio ambiente

CASADO CASADO, Lucía: *La recentralización de competencias en materia de protección de medio ambiente*, Barcelona, Institut d'Estudis de l'Autogovern, 2018, 506 pp.

El Institut d'Estudis de l'Autogovern de la Generalitat de Catalunya ha publicado en el 2018 la obra «La recentralización de competencias en materia de protección de medio ambiente», de la que es autora Lucía Casado Casado, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universitat Rovira i Virgili y acreditada especialista, entre otras materias, en Derecho Ambiental, Derecho de Aguas y Derecho Local.

Su objeto de investigación, acotado al período 2008-2016 y circunscrito a la relación Estado-CC AA, ha requerido de un esfuerzo considerable como pone de manifiesto el gran volumen de bibliografía, normativa, resoluciones y jurisprudencia analizada; de la que dan cuenta los anexos que se acompañan al final de la obra (pp. 437-506).

Todo estudio sobre la distribución de competencias entre los poderes públicos requiere de un análisis riguroso para desentrañar las reglas que lo rigen, pero además, cuando se refiere a materias como el Derecho Ambiental la tarea se complica exponencialmente. No hay que olvidar, como la propia autora nos recuerda como unas veces se ha destacado el carácter residual de la materia ambiental y en otras ocasiones su carácter transversal e intersectorial (pp. 108 y ss.). En este orden de cosas, es justo destacar que una de las virtudes del trabajo al que nos referimos es que ofrece al lector un esquema claro del estado de la cuestión, sin duda conflictiva donde las haya y sobre la que dista mucho de encontrar una solución que satisfaga a las CC AA, que han sentido como el legislador y el ejecutivo central, con el visto bueno del Tribunal Constitucional en la

mayoría de los casos, achicaban con especial intensidad durante estos últimos años su ámbito competencial. Por otra parte, los mecanismos de colaboración y cooperación en los respectivos ámbitos legislativos y ejecutivos que permitirían disminuir la conflictividad son todavía deficitarios.

Por lo que respecta a la estructura central de la obra se distribuye en cinco capítulos y un apartado en el que se recapitulan las conclusiones obtenidas previamente.

El capítulo I (pp. 29-74) sitúa el objeto de estudio en el contexto económico y político del periodo 2008-2016. La profesora CASADO CASADO plantea como tesis a confirmar en el posterior desarrollo de la obra (capítulos III al V) los efectos que la crisis económica ha tenido en el Derecho Ambiental: liberalización, desregulación y simplificación del Derecho Ambiental, huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho Constitucional en pos de eludir el control «estricto y eficaz» de la jurisdicción contencioso-administrativa y la recentralización de competencias medioambientales en el Estado.

Por lo que respecta a la desregulación ambiental, y sin perjuicio de volver sobre ellas en los siguientes capítulos se da cuenta de las medidas legislativas liberalizadoras adoptadas cuya finalidad fue la reactivación económica y tienden a la simplificación administrativa y a la rebaja de los estándares ambientales, mediante el recorte de las capacidades de implementación normativa de medidas adicionales de protección por parte de las CC AA, en el ejercicio de sus competencias. Nos encontramos así, por ejemplo, ante la sustitución en determinados supuestos de los tradicionales instrumentos de intervención de actividades (en especial las licencias ambientales o de actividad) por declaraciones responsables y comunicaciones previas. Desde la transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, diversas han sido las normas aprobadas por el Estado en dicha dirección. Entre otras destacan especialmente la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Por lo que respecta a la recentralización, la autora enuncia los distintos mecanismos utilizados por el Estado, siendo analizados con mayor profundidad en capítulos posteriores. Entre ellos destacan la ampliación del concepto de bases o legislación básica, la utilización prevalente de otros títulos competenciales de carácter horizontal o transversal recogidos en la constitución (especialmente el art. 149.1. apdos. 1 y 13), la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 de la CE), la recuperación o asunción de competencias ejecutivas por parte del Estado y la utilización directa, es decir en ausencia de territorialización, de mecanismos de fomento por parte del Estado.

En el capítulo II (pp. 75-149) CASADO CASADO realiza un estudio de la distribución de competencias en materia de medioambiente entre el Estado y las CC AA. Más allá del juego de los títulos competenciales recogidos en nuestra constitución en los arts. 149.1.23ª, en virtud del cual le corresponde al Estado la «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias», y 148.1.9ª que establece que las CC AA podrán asumir competencias (a través de sus EEAA) en «... La gestión en materia de protección del medio ambiente», del análisis de la evolución del proceso autonómico y de la normativa medioambiental y la jurisprudencia constitucional CASADO CASADO extrae dos ideas fundamentales. La primera, ya señalada y que se reitera a lo largo de la obra, es que se ha producido un proceso de recentralización de competencias, agudizado en estos últimos años, que desvirtúa la teórica distribución competencial señalada. La segunda es que pese a las diferencias entre los distintos EE.AA. se ha producido de facto una igualación competencial entre ellas.

A mayor abundamiento sobre el proceso de recentralización, hay otra cuestión relevante que oportunamente se señala en la obra. Esta no es otra que la incidencia que ha tenido nuestra pertenencia a la UE sobre la distribución de competencias en esta materia. Si bien la misma no supone por sí misma la alteración de la distribución competencial interna, lo cierto es que sí la ha afectado. El Estado se ha escudado en su responsabilidad ante la Unión Europea por el cumplimiento de su normativa, para mediante la utilización de los diversos instrumentos anteriormente señalados agotar el espacio de ejercicio y desarrollo por las CC AA de sus competencias, lo que ha acabado determinando que se les impida el desarrollo de políticas propias y la adaptación de la normativa medioambiental europea y básica estatal a las singularidades de cada uno de sus territorios.

Los capítulos posteriores III, IV y V, tienen como finalidad confirmar la tesis planteada al principio de la obra y constituyen, por así decirlo, el grueso de la misma. En ellos la autora de forma exhaustiva, también con cierto interés estadístico, cubre los aspectos normativos y de actividad de fomento del Estado, así como también la jurisprudencia del TC que han incidido en la recentralización citada. Destacaremos, a modo de breve apunte, solamente algunos de los múltiples e interesantes temas tratados en ellos.

El capítulo III, como se ha reseñado, es dedicado al «Análisis, desde una perspectiva competencial, de la normativa ambiental aprobada por el Estado entre 2008 y 2016» (pp. 151-248). A lo largo de sus páginas mediante el examen de la normativa aprobada en dicho período se refuerzan las afirmaciones plasmadas en los capítulos precedentes en torno al proceso de recentralización competencial vivido a las que nos remitimos.

Como nos advierte CASADO CASADO, dado el objeto de investigación ha considerado necesario acotar la materia de estudio a la normativa dictada en base a los títulos competenciales recogidos en el art. 149.1 apdos. 1, 13 y 23 de la Constitución Española, todo ello sin perjuicio de la realización de oportunas referencias a normativa dictada en otras materias ambientales con títulos competenciales específicos como es el caso de las aguas o el de los montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (respectivamente arts. 149.1.22 y 149.1.23 de la CE) o sobre aquellas otras que tienen incidencia o conexión con el medioambiente, como es el caso del régimen minero o energético (art. 149.1.25 de la CE). Por otra parte, se nos advierte a los lectores que tampoco se trata de un estudio de detalle de todo el contenido de las normas ambientales dictadas esos años, sino únicamente desde la perspectiva competencial. Los criterios de delimitación escogidos resultan totalmente pertinentes. Con todo, el volumen de normativa analizada es considerable y revelan la seriedad y minuciosidad del trabajo.

Por lo que se refiere a la actividad de fomento (pp. 249-328), es tratada en el capítulo IV por la profesora CASADO CASADO con igual profundidad y detenimiento. Son muchos los temas que se tratan, entre otros el principio de que las políticas de gasto entre las que se encuentra la de fomento están vinculadas o siguen a la competencia material a la que se refieren; la anteriormente señalada práctica ausencia de territorialización de la gestión subvencional del Estado (que debería ser excepcional según la doctrina del TC recogida en su Sentencia 188/2001, de 20 de septiembre); la regulación detallada y exhaustiva en las bases y convocatorias de las respectivas subvenciones de sus finalidades y condiciones de otorgamiento, no dejando prácticamente espacio para su desarrollo normativo por las CC AA; y el análisis de las importantes Sentencias 130/2013, de 2 de junio y 135/2013, de 6 de junio, del Tribunal Constitucional, en virtud de las cuales se avala que el Estado al amparo de los apdos. 1, 13, 14 y 18 del art. 149 de nuestra Constitución actual legisle un procedimiento administrativo subvencional común de carácter básico.

Por su parte, en el capítulo V (pp. 329-422) la autora desgrana las últimas tendencias en la jurisprudencia del TC sobre la materia resaltando de la misma aspectos de relevancia y gran interés para el lector, como son el debilitamiento de las exigencias formales y materiales del concepto de lo básico en protección del medio ambiente y la prevalencia o vis atractiva de la competencia sustantiva sobre la ambiental que se concreta en la negativa de limitación por la normativa autonómica ambiental en competencias estatales basadas en otros títulos (como sucede entre otros supuestos en el del famoso *fracking*). Cuestión esta última que se conjuga a su vez y en sentido contrario con un amplio reconocimiento de la facultad del Estado para dictar normas medio ambientales que limitan competencias sustantivas autonómicas (como por ejemplo en materias como la caza, el urbanismo y la ordenación del territorio).

Para finalizar, como ya se ha tenido ocasión de apuntar, la profesora CASADO CASADO nos ofrece las conclusiones que se derivan del trabajo de investigación que nos presenta. Podría decirse que nos encontramos ante un panorama poco halagüeño dado que no se vislumbra la adopción de medidas efectivas tendentes a reducir la conflictividad competencial en esta materia, sobre todo si tenemos en cuenta los efectos que sobre el medioambiente ha tenido el proceso de recentralización vivido y que nos señala la autora: disminución de su protección y consecuente regresión ambiental.

En definitiva, nos encontramos ante una monografía de interés, especialmente para los investigadores y profesionales que desarrollan sus actividades en el campo del Derecho Ambiental.

José Luis Reverter Valls

Los conflictos en defensa de la autonomía local

REVERTER VALLS, José Luis: *Los conflictos en defensa de la autonomía local*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2018, 309 pp.

1. La regulación en 1999 de los denominados *conflictos en defensa de la autonomía local* supuso asumir una reivindicación largamente defendida por las entidades locales, como instrumento para defender

su autonomía frente a posibles ataques de normas con rango de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas. Transcurridos ya veinte años, el libro de José Luis Reverter Valls es un estudio pormenorizado de todos los aspectos de la regulación y funcionamiento de esos conflictos y de las cuestiones, dudas y deficiencias que plantean, atendida la experiencia en su planteamiento y resolución.

Esta obra tiene su origen en la tesis doctoral de su autor, que mereció la calificación de sobresaliente cum laude. Como manifiesta en su introducción, «más allá de una labor meramente descriptiva, la finalidad de su estudio consistirá en realizar un análisis crítico del conjunto. Labor pertinente si tenemos en cuenta que pasados más de tres lustros desde su aprobación, el número de procesos que han concluido con un fallo sobre el fondo del asunto es considerablemente inferior en comparación con los que no, bien sea por haberse declarado extinguido por pérdida del objeto del mismo o por haberse inadmitido por falta de legitimación».

2. Se inicia el libro con el estudio del contexto constitucional y normativo en que se regularon los conflictos en defensa de la autonomía local. Tras la consagración del principio de la autonomía local por la Constitución de 1978, la doctrina y la jurisprudencia constitucional sentaron las bases para la comprensión de su naturaleza y significado en sus distintos niveles, en cuanto al alcance de las potestades y competencias locales y en sus relaciones entre las distintas Administraciones públicas. Se destaca en esta materia la importancia de la Carta Europea de Administración Local, ratificada por España en 1988, que, bajo el epígrafe de «protección de la autonomía local», establece que las entidades locales deben disponer una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias y el respeto a los principios de la autonomía local consagrados en la Constitución o en la legislación interna.

La insuficiencia y carencias del sistema de defensa constitucional de la autonomía local determinaría la reivindicación de dotarlo de nuevos cauces, propuestas de la doctrina y un proceso de negociación liderado por la Federación Española de Municipios y Provincias, como un aspecto más del denominado Pacto Local. Se estudian los dos textos alternativos de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, propuestos por el Ministerio de Administraciones Públicas, y el dictamen del Consejo de Estado 2484/1998, de 18 de junio, así como el definitivo proyecto de ley y su tramitación parlamentaria, con examen de las distintas enmiendas presentadas.

3. Seguidamente, Reverter Valls efectúa un análisis crítico de los diversos aspectos del nuevo procedimiento constitucional implantado por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, analizando sus requisitos y sus dificultades de aplicación.

En relación con el objeto del proceso, se estudia su naturaleza, como conflicto competencial o extensible a todas las lesiones de la autonomía local, y las normas susceptibles de impugnación, disposiciones con rango de ley, su significado y extensión. Se plantea el supuesto de las omisiones legislativas, absolutas o relativas, como posible origen de lesión de la autonomía local, y la prudencia con que el Tribunal Constitucional maneja esta cuestión.

En cuanto a los sujetos legitimados, la legitimación activa se puede considerar una auténtica barrera de acceso al proceso por parte de las entidades locales, salvo en los casos de destinatario único de la norma, por la exigencia de porcentajes mínimos poblacionales y territoriales, negando la legitimación activa como un derecho a accionar individual de cada uno de

los entes locales. Se examinan, a la luz de la jurisprudencia constitucional, las cuestiones relativas al cómputo de tales requisitos, el momento a tenerlos en cuenta, así como las previsiones especiales referidas a las islas y la particularidad vasca.

Asimismo, se analizan los sujetos que ostentan legitimación pasiva, los coadyuvantes y la postulación procesal. Se estudia también la actividad previa al planteamiento del conflicto, los requisitos del acuerdo inicial del ente local (procedimiento interno, quórum, tiempo) y las cuestiones relativas al dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico correspondiente.

Finalmente se hace referencia al parámetro de enjuiciamiento, la norma o conjunto de normas que determinan la conformidad o disconformidad de la norma recurrida con el ordenamiento jurídico. Se analizan las posturas doctrinales, tanto las que consideran como único canon de control los preceptos constitucionales sobre la autonomía local, como las que incluyen en el bloque de constitucionalidad local la normativa básica, con especial consideración de la LBRL, o principios como los de subsidiariedad, diferenciación y proporcionalidad, no reconocidos a este fin por el Tribunal Constitucional.

El estudio del proceso se completa con referencias a cuestiones formales y sustanciales del escrito de interposición del conflicto y al trámite de admisión. Y, como formas de su finalización, a la sentencia, su contenido, sentido y efectos, y a los autos, en casos de inadmisión inicial, desistimiento, renuncia y caducidad.

4. Para finalizar el completo estudio efectuado, REVERTER VALLS plantea diversas conclusiones que resultan de todo lo analizado y que pudieran mejorar la regulación de esos conflictos, que estima que en la práctica no han tenido resultado efectivo. Dados los conflictos inadmitidos y la ausencia de pronunciamientos favorables, la finalidad de defensa de la autonomía local no ha quedado satisfecha. Y, sin embargo, debe descartarse que en todo el tiempo transcurrido –veinte años– no se haya producido lesión alguna en la autonomía local por el legislador estatal o autonómico.

Una de las causas destacadas de la falta de eficacia de esta regulación es la exigencia de legitimación activa conjunta, verdadero muro casi infranqueable. Como posibles soluciones se plantea modificar la actual legitimación activa litisconsorcial, reduciendo la proporción demográfica e institucional exigida, u otorgando legitimación a los entes locales que cumplieren alguno de los dos criterios. Admitir la interposición del recurso de inconstitucionalidad por los entes locales se entiende más difícil pues requeriría la modificación de la Constitución y exigiría establecer límites, para evitar un aumento desproporcionado de la litigiosidad ante el Tribunal Constitucional.

Se considera también que debiera modificarse la regulación del momento de emisión del preceptivo dictamen del órgano consultivo correspondiente, pues emitirlo con posterioridad al acuerdo plenario del ente local lo hace superfluo en cuanto a ilustrar la decisión del mismo.

Asimismo, se estima debiera preverse dar traslado de la interposición del conflicto a los órganos legislativos y ejecutivos de las Comunidades Autónomas cuando la norma con rango de ley hubiera emanado de órganos del Estado.

Más difícil es la ampliación del parámetro de enjuiciamiento, dirigida a una progresiva optimización de la autonomía local. En este sentido se plantea la modificación del art. 137 CE para introducir el mandato de que el principio de autonomía local y las normas que lo desarrollan se in-

terpretaran conforme a los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

5. Como puede deducirse de este resumen de la obra de REVERTER VALLS, *Los conflictos en defensa de la autonomía local* suponen un exhaustivo y detallado examen de su naturaleza, la regulación de sus diversos aspectos, las dificultades que plantea y las posibles reformas para mejorar su eficacia. De ahí que sea una guía segura para abordar estos conflictos.

Por otra parte, a la vista de la insatisfacción que se desprende de sus resultados hasta la fecha, parece lógico que, superados algunos graves problemas que han exigido priorizar otras cuestiones, la preocupación por mejorar las vías de defensa de la autonomía local volverá a estar entre los temas de reivindicación de las entidades locales. En ese momento, el libro comentado supondrá una aportación imprescindible para reflexionar sobre las deficiencias existentes y las posibles reformas a introducir para mejorar y actualizar la regulación actual de la defensa de la autonomía local.

Ramón Salanova Alcalde

Índice de autores

- **David Acín.** Asesor de El Justicia de Aragón.
- **María Josefa Aguado Orta.** Jefa del Servicio de Administración de Suelo y Vivienda. Ayuntamiento de Zaragoza.
- **Joaquín Álvarez Martínez.** Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Zaragoza.
- **Ana Isabel Beltrán Gómez.** Secretaria del Consejo de Transparencia de Aragón.
- **Darío Badules Iglesias.** Investigador predoctoral del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU), del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.
- **Ignacio Barquero Solanes.** Director de Auditoría de la Cámara de Cuentas de Aragón.
- **Eloísa Carbonell Porras.** Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén.
- **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.
- **Jorge Collado Gallego.** Especialista de contratación pública en el Banco de España.
- **Antonio Embid Irujo.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza y Director del *Anuario*.
- **Víctor Fernández-Rodríguez Fairén.** Profesor Asociado de Derecho Internacional Público. Universidad de Zaragoza.
- **Fernando Gurrea Casamayor.** Profesor Asociado de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza (en servicios especiales).
- **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.
- **José Luis Reverter.** Secretario de Administración Local.
- **Juan Rosa Moreno.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante.
- **Ramón Salanova Alcalde.** Miembro del Consejo asesor de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda.
- **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.
- **Carmen uriol Egido.** Profesora Ayudante–Doctor de derecho Financiero y tributario. Universidad de Valencia.

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. https://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

Institución Fernando el Católico
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza España, 2
50071 Zaragoza (España)
https://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 _____

10 | 2019

Sumario

INFORMES

Informe general sobre el gobierno local en 2017 | 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 | Fernando Gurrea Casamayor

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

El Justicia de Aragón | David Acín

Cámara de Cuentas de Aragón | Ignacio Barquero Solanes

ESTUDIOS

Servicios de modalidad colaborativa | Eloísa Carbonell Porras

El nuevo marco normativo de la protección de datos personales | Rafael Giménez Asensio

La temporalidad de la función pública | Juan Rosa Moreno

Los Ayuntamientos y la nueva realidad del IIVINT | Carmen Uriol Egido

CRÓNICAS

JURISPRUDENCIA

DOCUMENTACIÓN

RECENSIONES

Anuario Aragonés del Gobierno Local

2018

ISSN 2603-7327

10

9 772603 732008

Institución Fernando el Católico

Diputación de Zaragoza

Fundación Ramón Sáinz de Varanda