

Nº 4
Cuarto trimestre 2015

Gabilex

Revista del Gabinete Jurídico
de
Castilla-La Mancha



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha



**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 4. Diciembre 2015

Revista incluida en Latindex y Dialnet

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

D. David Larios Risco

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Letrado de la Administración de la Seguridad Social

SUMARIO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS A LAS CONCESIONES DE SERVICIOS. TÉCNICAS CONTRACTUALES INTERCAMBIABLES: DIFERENCIAS PRÁCTICAS Y DE RÉGIMEN JURÍDICO (II)”9

Jaime Pintos Santiago

“ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE EFICACIA ADMINISTRATIVA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SANIDAD”37

Iñigo Cortázar Neira

"LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: NOVEDADES Y CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS" 73

Roberto Mayor Gómez

"LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, Y LA NECESARIA APLICACIÓN DE OTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA"101

Roberto Mayor Gómez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

COMENTARIO A LA LEY 42/2015, DE 5 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. EN ESPECIAL LA REFORMA DE LOS JUICIOS VERBALES.....129

Belén López Donaire

COMENTARIO A LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR TRAS LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA EN EL TRLCSP POR LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE , DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO.....141

Belén López Donaire

COMENTARIO A LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (I)147

Jerónimo Martínez García
Ana Elez Gómez

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE DEL 6 DE OCTUBRE DE 2015 CONSORCI SANITARI DEL MARESME (C-203/14) SEGÚN EL CUAL LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PUEDEN PARTICIPAR EN LICITACIONES, Y PUEDEN Y DEBEN SER ADMITIDAS EN LAS LISTAS OFICIALES DE EMPRESARIOS, PROVEEDORES O PRESTADORES DE SERVICIOS OFICIALES.....171

Belén López Donaire

COMENTARIO A LA SENTENCIA Nº 214/2015 DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL, DE 22 DE OCTUBRE DE 2015: NULIDAD DE PRECEPTO
LEGAL AUTONÓMICO QUE REQUIERE AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA QUE
LOS AGENTES FORESTALES ACCEDAN A MONTES DE TITULARIDAD PRIVADA
.....177

Roberto Mayor Gómez

COMENTARIO A LA SENTENCIA 216/2015 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL,
DE 22 DE OCTUBRE DE 2015: CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN
ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE
FLEXIBILIZACIÓN Y FOMENTO DEL MERCADO DEL ALQUILER DE VIVIENDAS
.....183

Roberto Mayor Gómez

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA DEL
GABINETE JURÍDICO DE LA JCCM 201

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**“DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS A LAS CONCESIONES
DE SERVICIOS. TÉCNICAS CONTRACTUALES
INTERCAMBIABLES: DIFERENCIAS PRÁCTICAS Y DE RÉGIMEN
JURÍDICO (II)**

Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Administración de Castilla-La Mancha

Fecha finalización del trabajo: 25-07-2015

ÍNDICE

- 1. LA FALTA DE REGULACIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA DE LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS EN LA NUEVA DIRECTIVA RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN**
- 2. ANTECEDENTES Y DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO**
- 3. CRITERIOS DIFERENCIADORES DE CARÁCTER PRÁCTICO**
 - 3.1. La superación de los tradicionales elementos diferenciadores referidos al concepto de servicio público y a los destinatarios del servicio**
 - 3.2 Otros criterios irrelevantes**
 - a) La existencia de retribuciones adicionales a las realizadas por el poder adjudicador**

- b) La duración del contrato y la circunstancia de que su ejecución vaya acompañada de importantes inversiones iniciales
- c) La autonomía del adjudicatario en la ejecución del contrato
- d) La realización de obras accesorias
- e) Que la propia entidad adjudicadora actúe como prestadora de servicios y que, a la vez, se subcontrate una parte de la actividad

3.3 La organización del servicio y el riesgo y ventura. La cuestión del riesgo operacional en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión

3.4 La retribución del servicio

4. CONCLUSIONES

5. PRINCIPALES SENTENCIAS, RESOLUCIONES E INFORMES ESTUDIADOS

5.1. Jurisprudencia de la Unión Europea

5.2. Jurisprudencia nacional

5.3. Resoluciones y Acuerdos de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales

5.4. Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa

6. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La aprobación del TRLCSP y más recientemente de la nueva generación de Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública obliga a los juristas y profesionales de la contratación pública a ampliar y actualizar sus conocimientos en esta materia, resultando trascendental, en este sentido, saber diferenciar correctamente los contratos de servicios de los de gestión de servicios públicos y, más concretamente, los contratos de servicios de los de concesión de

servicios, porque la errónea tipificación contractual del negocio jurídico en cuestión, tiene como consecuencia la no legitimación del régimen jurídico que se haya aplicado al contrato y, por tanto, la invalidez de este, algo de una enorme trascendencia práctica. Es por ello, que en este trabajo partiendo de una primera parte iniciática, que analiza la regulación anterior y actual de los contratos de concesión de servicios en el marco de la Unión Europea, así como las características propias de los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos y que concluye en las diferencias teóricas entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos, se llega al objetivo postrero, en una segunda parte, de encontrar la diferencias de carácter práctico entre los contratos de servicios y los de concesión de servicios, analizando tanto los elementos decisivos de esta diferenciación como aquéllos otros que carecen de relevancia, con el fin último de delimitar ceñidamente las fronteras que diferencian a estos dos tipos de contratos. En resumen, podemos decir que el presente estudio, en su conjunto, nos proporciona las características diferenciadoras teóricas entre las figuras de los contratos de servicios y los contratos de gestión de servicios públicos, permitiendo, en última instancia, diferenciar con transparencia, no sólo el contrato administrativo de servicios del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, sino y sobre todo, dentro de estos últimos, del de concesión de servicios, tanto en su vertiente teórica como, especialmente, práctica.

3. Criterios diferenciadores de carácter práctico

3.1. La superación de los tradicionales elementos diferenciadores referidos al concepto de servicio público y a los destinatarios del servicio

Desde un punto de vista tradicional la diferenciación entre los dos tipos contractuales, contratos de servicios y contratos de concesión de servicios, dependía de la existencia o no de un servicio público¹, siendo que si se daba esa circunstancia nos encontrábamos ante un contrato de gestión. Así por ejemplo los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., "Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I)"... Op. Cit., Pág. 2 del documento obtenido de la Web de la Revista.

27/2002, de 23 de octubre o 28/2007, de 5 de julio. Este último se limitaba a afirmar que “el contrato de recogida y transporte para la eliminación de los residuos sólidos urbanos, el contrato para la limpieza de las redes municipales de aguas pluviales y aguas residuales, el contrato de limpieza de vías públicas y el contrato de limpieza de playas son contratos administrativos de gestión de servicios públicos, actividades a las que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley Reguladora de las bases de régimen local, en los que se especifica que los municipios ejercerán, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas y en relación, entre otras, con las siguientes materias: recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, limpieza viaria”; o el citado Informe 10/2007, de 26 de marzo, en el que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se limita llanamente a establecer que en cuanto a los contratos de gestión del “tanatorio, guardería infantil municipal, abastecimiento de agua potable y limpieza viaria y museo municipal pueden ser configurados como contratos de gestión de servicios públicos, siempre que, como se ha indicado, el Ayuntamiento haya determinado con carácter previo el régimen jurídico básico propio del respectivo servicio y, este le venga impuesto con carácter de mínimo o haya sido asumido como tal servicio por el Ayuntamiento, de conformidad con el artículo 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local”.

En la misma línea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en su Informe 5/2003, dice que *“la diferencia entre los dos tipos de contratos administrativos viene dada por, en un caso, la definición y noción de servicio público, su encargo a un particular y, en el otro, por la existencia de servicios que no merecen el calificativo de público (en su sentido más estricto) y que un particular presta de acuerdo con las indicaciones de la Administración contratante”*².

² GARCÍA VEGA, J.E., “Diferencias prácticas entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos...”, *Op. Cit.*: En el mismo sentido el Informe 5/1998, de 30 de octubre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, intitulado *“Elementos definidores de los contratos de gestión de servicios públicos y de servicios. Criterios de clasificación de las empresas contratistas de servicios”* y el Informe 1/2005, de 5 de mayo, de la misma Junta Consultiva, Pág. 4 del documento obtenido de la Web de la Revista.

Pues bien, hoy en día hay que entender superada esta tradicional visión de este elemento diferenciador como único criterio distintivo entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios, de modo que son también otros los elementos a valorar. Así lo anunciaba ya la STJUE de 18 de noviembre de 2004, que tras considerar irrelevante que un contrato sirva para cumplir una función de interés general (servicio público) calificó como contrato de servicios a un contrato de transporte de residuos, de este modo estableció que “según la jurisprudencia, el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 no distingue entre los contratos celebrados por una entidad adjudicadora para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función [véase por analogía, en relación con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), la sentencia de 15 de enero de 1998 Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 32]”.

También la STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, en el asunto C-382/05 referido a la calificación de contratos de tratamiento de residuos y de protección de las aguas en Sicilia como contratos públicos de servicios sujetos a la Directiva 92/50/CEE, abogó posteriormente por esta postura al ratificar en su apartado 43 “lo mismo sucede con el hecho de que el tratamiento de residuos sea de interés general”.

Otro criterio tradicionalmente distintivo entre ambos tipos de contratos y que también hay que entender ya superado, ha sido el que el servicio en cuestión se preste en beneficio de los ciudadanos o de la propia Administración, de forma que el criterio utilizado era que en el contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares, a diferencia de los contratos de concesión de servicios donde el contratista gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Así, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990, de 27 de enero de 1992, de 27 de enero de 1997 y de 17 de diciembre de 1997 o los Informes de la Junta Consultiva de Contratación

Administrativa del Estado 37/1995, de 24 de octubre (este se pronunciaba también en el sentido del concepto de servicio público); 41/1995, de 21 de diciembre; 4/1996, de 7 de marzo; y 47/2001, de 30 de enero (que también se pronunciaba a favor del concepto de servicio público).

En el mismo sentido también encontramos un pronunciamiento de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía que afirma en el punto cuarto del Informe 4/1996, de 23 de julio que “Este último apartado coincide plenamente con la opinión tradicional de la doctrina que establece un criterio distintivo, desde el punto de vista de los destinatarios directos del contrato, entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios, ante su frecuente confusión terminológica, afirmando que lo que caracteriza al contrato de gestión de servicios públicos es que los destinatarios del servicio que presta el contratista son los administrados y no directamente la Administración. Por el contrario, en el contrato de servicios el destinatario directo e inmediato del servicio constitutivo del objeto del contrato es donde establece igualmente como criterio distintivo, que califica como opinión tradicional de la doctrina, los destinatarios directos del contrato, en un supuesto los administrados y no directamente la Administración (gestión de servicios públicos) y en otro supuesto el destinatario directo e inmediato será la Administración contratante (servicios)”.

No obstante estos dos criterios distintivos que se han venido utilizando tradicionalmente, concepto de servicio público y destinatarios del servicio, hay que entenderlos hoy por hoy y por influencia sobre todo del Derecho y la jurisprudencia comunitaria superados (véanse por ejemplo SSTJUE de 24 de septiembre de 1998, en el asunto Walter Tögel (C-76/97) y de 10 de noviembre de 1998, en el asunto BFI Holding (C-360/96)), de forma que resulta preciso acudir a comprobar otros factores que veremos ahora y que serán los determinantes de una correcta tipificación contractual. Ahora bien como paso previo también es oportuno reseñar otros criterios que resultan irrelevantes para una correcta diferenciación de ambos tipos contractuales.

3.2. Otros criterios irrelevantes

a) La existencia de retribuciones adicionales a las realizadas por el poder adjudicador³

Así lo dispone la ya citada STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, en el asunto C-382/05 que establece literalmente:

“39. En primer lugar, por lo que se refiere a la circunstancia de que, además de percibir el canon convenido, los operadores se hallen en condiciones de disfrutar de ingresos financieros ocasionados por la reventa de la electricidad producida con motivo del tratamiento de los residuos, debe recordarse que el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, el cual define el concepto de contrato público, alude a un «contrato a título oneroso» y que el carácter oneroso de un contrato se refiere a la contraprestación ofrecida al contratista por la prestación de servicios prevista por la entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia Auroux y otros, antes citada, apartado 45).

40. En el caso de autos, es patente que la contraprestación obtenida por el operador por la prestación de servicios prevista por el Comisario delegado, a saber, el tratamiento de residuos transferidos con recuperación de energía, consiste, esencialmente, en el pago del importe del canon por el Comisario delegado.

41. Aun suponiendo que el producto de la venta de electricidad pueda reputarse asimismo una contrapartida de los servicios previstos por el Comisario delegado en razón, principalmente, del hecho de que este último se comprometa, en los convenios controvertidos, a facilitar esta venta a terceros, la mera circunstancia de que, además de la retribución percibida con carácter oneroso del citado Comisario delegado, el operador se halle así en condiciones de obtener de terceras personas determinados ingresos accesorios como contrapartida de su prestación de servicios no puede bastar para privar a los convenios controvertidos

³ Véase también GALLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (II)”, Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 112, Editorial La Ley, octubre, 2011, Pág. 10 del documento obtenido de la Web de la Revista

de su calificación de contrato público (véase, por analogía, la sentencia Auroux y otros, antes citada, apartado 45)”.

Lo que quiere decir, en suma, para el TJUE que se trata de un contrato de servicios, porque recordemos que la figura de la concesión de servicios no era contemplada como contrato público por la normativa comunitario de ahí la expresión “no puede bastar para privar a los convenios controvertidos de su calificación de contrato público [de servicios quiere decir]”.

b)La duración del contrato y la circunstancia de que su ejecución vaya acompañada de importantes inversiones iniciales

Asimismo, esta importante STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, en el asunto C-382/05 establece en su apartado 42 que “Además, la larga duración de los convenios controvertidos y la circunstancia de que su ejecución vaya acompañada de importantes inversiones iniciales a cargo del operador tampoco resultan determinantes para la calificación de tales convenios, ya que dichas características pueden hallarse tanto en contratos públicos como en concesiones de servicios”. Si bien en este caso hay que decir que, aunque no resulte determinante, las fuertes inversiones iniciales, a priori, son más comunes en los contratos de gestión de servicios públicos.

En este punto es oportuno hacer una mínima precisión respecto del concepto de “gastos de primer establecimiento” al que se refieren tanto el artículo 40.1 c) del TRLCSP al fijar el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación para los contratos de gestión de servicios públicos y el artículo 172.c) del TRLCSP para acudir al procedimiento negociado a fin de adjudicar contratos de gestión de servicios públicos. Ambos preceptos lo supeditan, en cada una de las cuestiones que regulan, a dos conceptos: por un lado, la duración superior a cinco años a la que ahora nos referiremos y, por otro, los gastos de primer establecimiento cuyo presupuesto ha de ser superior a 500.000 euros, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Se trata éste último, el de gastos de primer establecimiento, de un concepto ajeno a las Directivas sobre contratos públicos, por lo que su concepto no se ha fijado

utilizando parámetros comunitarios sino nacionales, pero que tampoco encuentra una definición en la normativa interna de contratos públicos. Pues bien, es este concepto de “gastos de primer establecimiento” el que requiere en primer lugar de una precisión, dado que no puede ser identificado con el importe de la gestión del servicio o precio a pagar por la Administración por la gestión del servicio. Precisión que la encontramos en la nota interpretativa del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de fecha 6 de junio de 2013⁴, en la que se propone en conclusión que la expresión “gastos de primer establecimiento” debe ser interpretada como los “costes para la puesta en marcha de un servicio [inversiones más gastos (IVA excluido)] que el adjudicatario deba asumir, excluyendo las inversiones y gastos futuros y los de explotación”.

En cuanto a la duración superior a cinco años es necesario tener presente la línea seguida por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 28/2012, de 7 de marzo de 2012, así como la Resolución 80/2012, de 31 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en las que estos Tribunales Administrativos consideran que ese plazo de duración inferior a cinco años al que se refieren los artículos 40.1 c) y 172 b) del TRLCSP debe ser computado teniendo en cuenta la duración inicial del respectivo contrato y sus posibles prórrogas, a diferencia de lo opinado en el caso concreto del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 22/2011, de 22 septiembre de 2011, en el que se interpreta que esa duración está referida exclusivamente a la duración prevista inicialmente para el contrato, al margen de las posibles prórrogas.

c) La autonomía del adjudicatario en la ejecución del contrato

⁴ El texto íntegro de la nota interpretativa se puede consultar en el sitio Web: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Publicaciones_FA&cid=1354219434877&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142625383087&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&sm=1109266101003 [fecha última consulta: 15-junio-2014].

Otra vez la STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, en el asunto C-382/05 establece, en el apartado 44, que “para terminar, tampoco resulta determinante, en orden a calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, la circunstancia de que, llegado el caso, las prestaciones ofrecidas por el operador puedan requerir de éste una total autonomía de ejecución”. Si bien, por regla general, en la concesión de servicios el contratista tiene más autonomía en la gestión del servicio mientras que en el contrato de servicios es el poder adjudicador el que dirige claramente la prestación del servicio, aunque como hemos indicado, esto no resulta determinante a la hora de la calificación contractual de un servicio.

d) La realización de obras accesorias⁵

A su vez la citada STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, en el asunto C-196/08 confirma que la realización de obras de carácter accesorio no sirve para calificar un contrato como de servicios o concesión de servicios⁶: “consta que la ejecución de las obras conexas a la gestión en exclusiva del servicio integrado de aguas del que se trata en el litigio principal tiene carácter accesorio respecto del objeto principal de la concesión en cuestión, que es la prestación de dicho servicio, por lo

⁵ GALLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (II)... *Op. Cit.*, Pág. 10 del documento obtenido de la Web de la Revista. En este trabajo la autora se refiere en el intitulado de su epígrafe octavo a “*Algunos criterios irrelevantes: la duración del contrato, la posibilidad de percibir retribuciones adicionales a las realizadas por el poder adjudicador y la realización de obras accesorias*”.

⁶ El artículo 43.1 de la Directiva 2014/23/UE dispone en cuanto a las obras adicionales que las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión en los casos de “*obras o servicios adicionales, a cargo del concesionario original, que resulten necesarios y que no estuviesen incluidos en la concesión original, cuando un cambio de concesionario:*

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial, así como

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder o entidad adjudicador”.

que dicha concesión no puede calificarse de "concesión de obras públicas" [véanse en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartados 26 a 28, y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2004/17].

e) Que la propia entidad adjudicadora actúe como prestadora de servicios y que, a la vez, se subcontrate una parte de la actividad

A la vez que la STJUE de 18 de noviembre de 2004 consideraba superado el tradicional elemento diferenciador referido al concepto de servicios público, al considerar irrelevante que un contrato sirva o no para cumplir una función de interés general (servicio público), añadía otras cuestiones para la correcta diferenciación de los contratos de servicios y los de concesión de servicios con el siguiente tenor literal: "de la misma forma, carece de importancia que la propia entidad adjudicadora pretenda actuar como prestador de servicios y que el contrato de que se trata prevea, en este contexto, que se subcontrate una parte de las actividades a un tercero".

3.3. La organización del servicio y el riesgo y ventura. La cuestión del riesgo operacional en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión

En el informe 4/2008, de 28 de julio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que "los tres contratos sometidos al dictamen de esta Junta Consultiva no tienen la naturaleza jurídica de contratos de gestión de servicios públicos ni, en consecuencia, revisten la modalidad de concesiones toda vez que el riesgo de la ejecución de los mismos no es asumido directamente por el contratista". Por lo tanto, ya en el año 2008 para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado pasan a ser determinantes en la correcta calificación de estos contratos la asunción de la organización del servicio y del riesgo y ventura derivados del mismo o, dicho en otros términos, la prestación del servicio y la explotación del mismo asumiendo el riesgo, criterio que viene a ser confirmado por el informe 65/2008, de 11 de marzo, de la misma Junta Consultiva: "resulta así que la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como

un contrato de prestación de servicios en el que el contratista por así decirlo actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio”.

También, para el Alto Tribunal Europeo si no hay una traslación del riesgo y ventura al contratista no estaremos ante una concesión de servicios, sino ante un contrato de servicios. Lo anterior debe ser entendido en el sentido estricto no de que exista riesgo en el ejercicio de la actividad, sino en que si ese riesgo existe debe ser un riesgo que asuma por completo el contratista⁷. No en vano el artículo 215 del TRLCSP, recogiendo lo dispuesto por las Directivas de la Unión Europea en la materia, establece que “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista”, sin perjuicio de lo establecido para los casos de fuerza mayor en el contrato de obras y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Pero aquí nos hemos topado con el concepto de “riesgo” que requiere de una interpretación y definición para su correcta aplicación. Ello nos lleva a la STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, apartados 37 y 38, que lo define indicando que:

“a este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de

⁷ Véase la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *WAZV Gotha*, en el asunto C-206/08, apartados 72 y siguientes.

explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio [véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74]. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios”⁸.

Acudiendo entonces a la STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-206/08, ésta afirma que: “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio”.

En similares términos se expresa la STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-348/10, Norma-A SIA, apartados 48 y 49, que resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de Letonia en relación con la interpretación en el marco de un litigio sobre la atribución a una empresa de la concesión de servicios de transporte colectivo de autobús en una ciudad y en una comarca, cuando el Alto Tribunal indica que “el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado; sin que sean determinantes a efectos de la distinción riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico, pues tales

⁸ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2012, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012. En este trabajo se recoge un exhaustivo estudio de esta sentencia del TJUE, Págs. 4 y ss. del documento obtenido de la Web de la Revista.

riesgos son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios”⁹.

Así, por ejemplo, en la STJUE de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, son calificados como contratos de servicios varios contratos de gestión de servicios públicos convocados por el INSALUD para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida¹⁰ dado que “la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión”, ya que cuando la explotación del servicio constituye la forma de retribución del adjudicatario, es evidente que éste asume el riesgo de explotación, tal y como veremos a continuación.

En definitiva y como dice la Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid: “El concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación”. Que es lo que, como veremos a

⁹ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia...”, *Op. Cit.*, Pág. 7 del documento obtenido de la Web de la Revista.

¹⁰ SÁIZ RAMOS, M., “Reflexiones prácticas sobre las diferencias entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 118, Editorial La Ley, abril, 2012, Pág. 40.

continuación, la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión ha dado en definir por concepto de “riesgo operacional”.

Como ya se apuntaba anteriormente, las dificultades relacionadas con la interpretación¹¹ de los conceptos de concesión y de contrato público de servicio han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, la Directiva 2014/23/UE vincula directamente la concesión al concepto de riesgo operacional. Esto es, la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento.

De este modo, indica la nueva Directiva en sus Considerandos 18 a 20 que la reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que pueden considerarse concesiones aquellos casos en que la remuneración del operador económico procede exclusivamente del poder adjudicador, siempre que la

¹¹ De conformidad con la citada Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid: “Igualmente a efectos interpretativos debe considerarse la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privadas, de 11 de febrero de 2004, incorporada al SEC 95, actualizado en 2010 y a efecto de procedimiento de déficit excesivo en las Asociaciones público privadas distingue tres tipos de riesgo. En junio de 2012, la Comisión (Eurostat) creó un grupo de trabajo sobre las consecuencias de la Directiva 2011/85/UE para la recopilación y difusión de datos presupuestarios y el Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas, en su considerando 20 sobre la labor del grupo de trabajo constituido, dice que “contribuiría al correcto análisis de las relaciones económicas subyacentes a los contratos de APP, como los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda según proceda (...)”.

recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios, lo que viene a ratificar lo explicado posteriormente y contemplado por nuestro artículo 281 del TRLSCP. Así, cuando la reglamentación específica del sector o servicio elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse en ningún caso concesión a efectos de la nueva Directiva.

Además y a efectos de qué entender por riesgo operacional, éste debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro.

3.4.La retribución del servicio

Desde los inicios de la cuestión que nos ocupa el TJUE ha vinculado la existencia de un contrato de concesión de servicios al hecho de que los pagos al prestador del servicio provinieran de los beneficiarios y usuarios de la prestación del servicio. Así, en la STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen, que trata sobre la adjudicación de un aparcamiento público de pago en el cual el contratista recibe como retribución las cantidades abonadas por los usuarios para el uso de dicho aparcamiento, el Tribunal indica que:

“39. Tal y como resulta de su octavo considerando, la Directiva 92/50 se aplica a los "contratos públicos de servicios", que se definen en el artículo 1, letra a), de dicha Directiva como "los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora". De esta definición se deduce que un contrato público de servicios, en el sentido de la Directiva,

requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios.

40. En cambio, en la situación a que se refiere la primera cuestión, la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos”.

El TJUE se ha pronunciado en el mismo sentido en otras ocasiones como pueden ser el caso de las sentencias ANAV y Acoset, antes citadas, o de la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Coditel, asunto C-324/07, referida esta última a una red de teledistribución. Esta forma de retribución supone lógicamente que el adjudicatario asume por completo el riesgo y ventura de la explotación del servicio, lo cual es una característica de la concesión de servicios, por lo que de esta idea se deduce también que un contrato de servicios requiere un precio pagado directamente por el poder adjudicador al prestador de los servicios.

Sentado ya que el pago por los usuarios conlleva la asunción del riesgo por el contratista, es necesario profundizar algo más en la casuística y pensar qué ocurriría si la contraprestación no fuera abonada directamente por el usuario. En este sentido, el Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en sus conclusiones primera y segunda dispone que: “1. La retribución económica del concesionario puede provenir directamente de la Administración que le hubiese otorgado la concesión, siempre que su importe esté vinculado directamente con el rendimiento obtenido de la explotación del servicio”, supuesto éste más que habitual, y “2. Sólo pueden ser objeto de gestión indirecta los servicios que pueden reportar un beneficio (o correlativamente pérdidas) para el empresario o la entidad que los gestiona”, lo que como ya sabemos determina la asunción del riesgo.

Respecto a esta cuestión la jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo, en la STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C 274/09, Privater Rettungsdienst, admite el

pago por terceros distintos a los usuarios¹². Así dispone que “el hecho de que el nivel de los precios de utilización no quede unilateralmente determinado por el prestador de los servicios de socorro, sino mediante acuerdo con los organismos de seguridad social que tienen la condición de entidad adjudicadora [véase, en este sentido, la sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Rec. p. I-4779, apartados 40 a 59], y que tales precios no sean pagados directamente por los usuarios de estos servicios al prestador elegido, sino por una oficina liquidadora central encargada de recaudar y abonar esos importes en forma de pagos a cuenta periódicos, no afecta a esta apreciación”.

En todo caso, el artículo 281 del TRLCSP establece que en la ejecución del contrato de gestión de servicios públicos el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización, que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración, pudiendo ser estas contraprestaciones económicas revisadas en la forma establecida en el contrato, siendo por consiguiente admisible que el precio sea abonado por un tercero, incluido el poder adjudicador contratante, siempre que esa retribución esté íntimamente vinculada a la explotación del servicio y al riesgo inherente a la misma, es decir, que consista en “una retribución fijada en función de su utilización”, tal y como dice nuestro TRLCSP, para que así sí se cumpla con lo exigido por el Acervo Comunitario.

4. Conclusiones

En definitiva, sabemos que ha existido una considerable inseguridad jurídica sobre hasta qué punto los contratos celebrados por los poderes adjudicadores deben estar reglamentados por las normas sobre concesiones. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido interpretada de forma diferente por los Estados miembros e incluso por los propios poderes adjudicadores, de forma que ha hecho falta precisar en qué casos los contratos celebrados dentro

¹² RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia...”, *Op. Cit.*

del sector público se corresponden con contratos de servicios o de concesión de servicios. Esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no son otros que los que hasta ahora hemos estudiado y que a modo de conclusiones se exponen acto seguido.

De lo visto hasta aquí se puede afirmar sin temor a equivocarse que los contratos de servicios y las concesiones de servicios constituyen técnicas contractuales intercambiables. Así lo afirma la antes aludida STJUE Acoset o el también reseñado Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Se pone de manifiesto, por ende una vez más, la delgada línea que delimita la frontera de ambos tipos de contratos, por lo que será el buen hacer y entender del gestor público el que ubique correctamente un contrato como de servicios o de concesión de servicios, atendiendo en cada caso concreto a las características específicas del servicio en cuestión, empleando en el desempeño de su encargo, como estatuye para el caso del gestor oficioso el artículo 1889 de nuestro Código Civil “toda la diligencia de un buen padre de familia ”¹³.

Por consiguiente, del popurrí de pronunciamientos y regulación estudiada podemos obtener unas conclusiones definitivas al objeto de poder incardinar un contrato como de servicios o de concesión de servicios. De esta forma, del análisis de los artículos del TRLCSP podemos inferir los elementos característicos y exigibles en las gestiones de servicio público, a saber¹⁴ :

- 1.La titularidad del servicio corresponde a una Administración o poder adjudicador por ser de su competencia (art. 275 TRLCSP).
- 2.Debe tratarse de un servicio público (entre otros, arts. 277, 278, 285 TRLCSP), que según la jurisprudencia ha de ser entendido en sentido amplio.

¹³ Valga la expresión por ser la que utiliza al respecto nuestro actual ordenamiento jurídico.

¹⁴ En términos parecidos, pero con diferencias, GARCÍA VEGA, J.E., “Diferencias prácticas entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos...”, Op. Cit., Pág. 4 del documento obtenido de la Web de la Revista.

3. Debe ser susceptible de explotación por los particulares (arts. 8 y 275 TRLCSP).
4. No puede suponer el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos (art. 275 TRLCSP).
5. Y debe existir normativa que establezca su régimen jurídico (art. 132 TRLCSP).

Cuando esas características se dan¹⁵, para saber si nos encontramos ante un contrato que pueda ser de concesión de servicios y no de servicios, habrá que añadir a las mismas como elemento determinante el derecho del particular a la explotación y organización del servicio a su riesgo y ventura (ello siempre sin perjuicio de las facultades de control y policía del poder adjudicador), siendo que en todo caso la remuneración debe vincularse con el derecho de explotación del servicio en cuestión y el riesgo inherente al mismo.

En consecuencia podremos preguntarnos a la hora de calificar un contrato como de servicio o de concesión de servicios, quiénes son los destinatarios del servicio; si existen o no obras accesorias; si existen o no importantes inversiones iniciales, etc. Pero será realmente la pregunta que nos dé la respuesta a si nos encontramos ante una concesión de servicios, una vez que hayamos testado que se cumplen los requisitos antes enumerados y exigidos por la normativa para las gestiones de servicios públicos, la de quién asume directamente la organización y explotación del servicio a su riesgo y ventura. Siendo que lo trascendental no es que existan grandes riesgos sino que los que existan sean transmitidos al concesionario. En palabras del TJUE consiste, concluyentemente, en que el operador económico soporte el riesgo preponderante vinculado a la explotación de las actividades de que se trata, elemento que es el que caracteriza a una concesión de servicios o, en definitiva, y como lo denomina ahora la Directiva 2014/23/UE, que el contrato de concesiones esté vinculado al riesgo operacional del servicio.

¹⁵ También en sentido similar MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2012: la calificación de un contrato de gestión de servicios públicos lleva a examinar, en cada contrato, los extremos siguientes:

Extremadamente clarificador es en este sentido el Informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado cuando afirma que “de las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio. De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios”. En estos casos, podrá tratarse de un contrato de servicios si se adecua al régimen jurídico propio de estos contratos, o de otro tipo de contrato administrativo (contratos administrativos especiales o contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado), incluso de otra figura jurídica distinta a los contratos públicos, pero nunca de una concesión de servicios.

En resumen, se puede concluir del estudio efectuado que lo que caracteriza a las concesiones de servicios es que el contratista asume el riesgo y ventura de la explotación de los servicios percibiendo como contrapartida una retribución por el uso del servicio abonada ya sea por los usuarios, por terceros o incluso por la propia Administración contratante; pero eso sí, una retribución vinculada estrechamente al propio riesgo y ventura en la explotación del servicio por el contratista o lo que es lo mismo “una retribución fijada en función de su utilización”, que dice el artículo 281 de nuestra actual Ley de Contratos, o a sensu contrario en palabras del TJUE, sentencia *Privater Rettungsdienst*, antes citada, “si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la

inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios”. Quedándonos finalmente también, como conclusión valorativa o pregunta abierta si se prefiere, la duda sobre qué hará nuevamente a la hora de transponer nuestro legislador nacional con el resto de modalidades de los contratos de gestión de servicios públicos que, diferentes a la concesión, no han estado reguladas antes en el Derecho de la Unión Europea y no lo están ahora en esta cuarta generación de Directivas sobre contratación pública.

5. Principales Sentencias, Resoluciones e Informes estudiados

5.1 Jurisprudencia de la Unión Europea (por orden cronológico)

1. STJUE de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gend and Loos
2. STJUE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Costa contra Enel
3. STJUE de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, Comisión contra Bélgica
4. STJUE de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, Comisión contra Francia
5. STJUE de 21 de septiembre de 1988, asunto C-31/87, Gebroeders Beentjes
6. STJUE de 22 de junio de 1992, asunto C-243/89, Storebaelt
7. STJUE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89
8. STJUE de 17 de noviembre de 1993
9. STJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster
10. STJUE de 28 de marzo de 1995, asuntos C-324/93, Evans Medical y Macfarlan Smith
11. STJUE de 25 de abril de 1996, asunto 87/94, Bus Wallons
12. STJUE de 5 de marzo de 1998, asunto C-347/96, Solred
13. STJUE de 24 de septiembre de 1998, asunto C-76/97, Walter Tögel
14. STJUE de 10 de noviembre de 1998, asunto C360/96, BFI Holding
15. STJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-275/1998, Unitron Scandinavia A/S
16. STJUE de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/98, Comisión/Francia Nord-Pas-de-Calais

-
17. STJUE de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht
 18. STJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, Teleausria y Teelfonadress
 19. STJUE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00, SIAC Construction
 20. STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland
 21. STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria
 22. STJUE de 18 de noviembre de 2004
 23. STJUE de 13 de enero de 2005
 24. STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen
 25. STJUE de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03
 26. STJUE de 6 de abril de 2006, asunto C-410/04, ANAV
 27. STJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-382/05, Comisión/Italia
 28. STJUE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel
 29. STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-206/08, WAZV Gotha
 30. STJUE de 15 de octubre de 2009, asunto C-196/08, Acoset
 31. STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst
 32. STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-348/10, Norma-A SIA

5.2 Jurisprudencia nacional (por orden cronológico)

1. STS de 24 de octubre de 1989
2. STS de 13 de febrero de 1990
3. STS de 27 de enero de 1992
4. STS de 22 de septiembre de 1994
5. STS de 27 de enero de 1997
6. STS de 23 de mayo de 1997
7. STS de 17 de diciembre de 1997
8. STS de 17 de octubre de 2000 (Sala 3ª)
9. STS 1506/2007, de 5 de marzo de 2007 (Sala 3ª)
10. STS 3478/2010, de 18 de junio de 2010 (Sala 3ª)

5.3 Resoluciones y Acuerdos de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (por orden cronológico)

- 1.Acuerdo 22/2011, de 22 septiembre de 2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
- 2.Resolución 28/2012, de 7 de marzo de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid
- 3.Resolución 80/2012, de 31 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía
- 4.Nota interpretativa, de 6 de junio de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid
- 5.Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid

5.4 Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (por orden cronológico)

- 1.Informe 37/1995, de 24 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
- 2.Informe 41/1995, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
- 3.Informe 4/1996, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
- 4.Informe 4/1996, de 23 de julio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía
- 5.Informe 55/1996, de 18 de octubre de 1996, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
- 6.Informe 5/1998, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña
- 7.Informe 47/2001, de 30 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
- 8.Informe 27/2002, de 23 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
- 9.Informe 5/2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña
- 10.Informe 1/2005, de 5 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña

-
11. Informe 2/2006, de 24 de marzo de 2006, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
 12. Informe 10/2007, de 26 de marzo de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
 13. Informe 28/2007, de 5 de julio de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
 14. Informe 4/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
 15. Informe 65/2008, de 11 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
 16. Informe 22/2009, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
 17. Informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

6. Bibliografía

—AA.VV., (Coord. PUNZÓN MORALED A, J.), Administraciones Públicas y nuevas tecnologías, Lex Nova, Madrid, 2005.

—ESPINAR MAAT, F., “A la espera de un nuevo régimen de clasificación empresarial”, publicado el 7 de julio de 2014 en el sitio Web del Observatorio de la Contratación Pública [fecha última consulta: 16-julio-2014] <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.161/relmenu.3/c hk.c2ece0d0d0c2cea4909192d5caf4c656>

—GALLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I)”, Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 111, Editorial La Ley, septiembre, 2011.

—GALLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (II)”, Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 112, Editorial La Ley, octubre, 2011.

-
- GARCÍA VEGA, J.E., “Diferencias prácticas entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos”, Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 87, Editorial La Ley, junio 2009.
- GIMENO FELIU, J. M., “La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española”, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- GIMENO FELIU, J. M., “Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos del sector público”, Thomson Reuters Civitas y Diputación de Huesca, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- GIMENO FELIU, J.M., “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 156, oct-dic, 2012.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público”, Observatorio de Contratación Pública (ObCP). Disponible en:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.196/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.0191071d304547b70e9318413213c254> [fecha última consulta: 17-julio-2015].
- LAZO VITORIA, X., “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”, Revista Contratación Administrativa Práctica, Editorial La Ley, núm. 129, ene-feb, 2014.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Pluralismo y técnica normativa”, Cuadernos de Derecho Público, núm. 29, septiembre-diciembre 2006.
- MIGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, RAP, núm. 175, 2008.

—MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006.

—MORENO MOLINA, J.A., “Cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 60, 2007.

—MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 20-abril-2015
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/recategoria.208/reلمenu.3/chk.758640b719acd6127a53331dcedc12db> [fecha última consulta: 25-julio-2015].

—MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., “La incidencia de la ley de emprendedores en el Derecho administrativo, en especial en materia de contratación pública”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 55, julio-2014.

—MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2012

—PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015.

—PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

—RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, Editorial La Ley, 2012.

—RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., “Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 119, mayo-2012.

—RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., *Contratos Públicos y Derecho comunitario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

—RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2012, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

—ROSADO SANTURINO, A.G., “Discordancias con el Derecho comunitario de la noción española del contrato de servicios y del contrato de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, Editorial La Ley, abril, 2010.

—SÁIZ RAMOS, M., “Reflexiones prácticas sobre las diferencias entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 118, Editorial La Ley, abril, 2012.

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE EFICACIA ADMINISTRATIVA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SANIDAD

Iñigo Cortázar Neira

Director General de Recursos Humanos del SESCAM

Fecha de finalización del trabajo: 30/06/2015

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 2. CONCEPTO GENERAL DE LA EFICACIA ADMINISTRATIVA: TÉRMINOS RELACIONADOS
 3. LA EFICACIA ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. CONSTITUCIÓN, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
 4. LA EFICACIA ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR SANITARIO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA CALIDAD ASISTENCIAL
 5. CONCLUSIONES
-

1.Introducción

A la hora de abordar el estudio de la eficacia administrativa, es preciso comenzar por una conceptualización general, recogiendo su plasmación constitucional, jurisprudencial y doctrinal, para finalizar delimitando sus características en el ámbito específico del sector sanitario público. Conviene destacar, con carácter previo al análisis citado, la escasa atención que el principio de eficacia ha recibido

por parte de la doctrina¹⁶, y la carencia casi absoluta de la misma en relación a la eficacia en el sector sanitario público. Esta situación explicaría en parte su confusión con la eficiencia, concepto mucho más trabajado y más ligado, como veremos, a la economía. Hablamos de confusión cuando no directamente de sustitución, como tendremos ocasión de analizar más en profundidad con posterioridad¹⁷.

2. Concepto general de la eficacia administrativa. Términos relacionados

¹⁶ Como excepción cabe destacar a LUCIANO PAREJO ALFONSO, cuya obra sobre la eficacia administrativa es un referente clave a la hora de abordar cualquier estudio sobre la materia. En esta tesis citaremos sus siguientes obras: “Crisis y renovación del Derecho Público” Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; “Eficacia y Administración. Tres estudios” INAP, Madrid, 1995; “Constitución, Sistema Nacional de Salud, y formas de organización” en la obra colectiva “La organización de los servicios públicos sanitarios” Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000 (pp. 11 y ss.), que coordinó junto a LOBO ALEU, FÉLIX y VAQUER CABALLERÍA, MARCOS “La calidad al servicio de la eficacia en el Sistema Nacional de Salud” en la obra colectiva “La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales”, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004 (pp. 215 y ss.) que coordinó junto a PALOMAR OJEDA, ALBERTO y VAQUER CABALLERÍA, MARCOS. También haremos referencia a los números 218 y 219 de la revista “Documentación Administrativa” de cuya coordinación se encargó y que llevan por título “Administración y Constitución: el principio de eficacia”, INAP, Madrid, 1989. En los mismos, elaboró el artículo “La eficacia como principio jurídico de la Administración Pública” pp 15 y ss.

¹⁷ A modo de avance, y por aportar un ejemplo relativo al ámbito sanitario, el Plan de Medidas de Garantía de la Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid, publicado en 2013, cita expresamente, como objetivos distintos (p.3) el ahorro y la mejora de la eficiencia, cuando una cosa es consecuencia de la otra, como tendremos ocasión de comprobar. Por el contrario, no nombra la eficacia en todo el texto, aunque sí hay referencias a “obtener los mismos resultados” o a que no se vean afectados “los indicadores de salud de la población madrileña”. Este Plan constituye, por tanto, un claro ejemplo de diseño de actuación administrativa centrada en ahorrar –eficiencia- dejando en un segundo plano la consecución de los objetivos del sector cuya ordenación se pretende –eficacia-

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la eficacia como la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. En esta primera aproximación al término ya observamos que se habla de un efecto esperado o deseado, es decir, de un objetivo. Una actuación es eficaz en la medida que obtiene un determinado resultado. Consecuentemente, la palabra eficacia evoca básicamente la producción intencionada (con arreglo a un fin o causa) de una realidad (adecuada al fin) como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar.¹⁸

Trasladando el concepto a la actuación de la Administración Pública es conveniente su examen tamizado por las especificidades de esta. La continua revisión a que se ve sometida la Administración se debe al referente de eficacia. Si la actuación de medios sostenidos con fondos públicos no resulta efectiva, no tiene razón de ser. La eficacia de los poderes públicos goza de predicamento toda vez que compite -y se la compara- con entes privados que llevan a cabo funciones cuando menos análogas (empresas de mensajería, seguridad privada)

Es lógico deducir que la Administración será eficaz en la medida en que consiga su objetivo que no es (ni puede ser) otro que la consecución del interés general. Ahora bien, ni el interés general es un término unívoco que designa una sola realidad, ni su obtención total es posible, ni los resultados deseados de la acción administrativa han sido siempre los mismos.

2. a- La evolución de la eficacia esperada de la acción estatal: Estado liberal, Estado social y cuestionamiento del modelo

Comenzando por este último punto, cabe destacar que la eficacia administrativa se articula en muy estrecha unión con la aparición del Estado Social¹⁹. En los

¹⁸ PAREJO ALFONSO, L. “Eficacia y Administración. Tres estudios”, INAP, Madrid, 1995, p. 92.

¹⁹ De hecho, el principio de eficacia se configura como una vertiente instrumental del Estado social, tal y como se recoge en ARROYO JIMÉNEZ, LUIS. “Libre empresa y títulos habilitantes”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 186-193

primeros estadios de la evolución del Estado de Derecho, éste adoptó la forma del Estado Liberal, cuya eficacia no se perseguía al no actuar más que para garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de la ciudadanía: libertad, seguridad y propiedad fundamentalmente. Para ello, se intervenía principalmente en las esferas del orden público y de la defensa, y no existían, salvo de manera muy incipiente y poco relevante, prestaciones públicas. El Estado social supone una respuesta histórica a la denominada “cuestión social” y representó la asunción por el Estado moderno de reivindicaciones del “movimiento social”²⁰, cambiando la sensibilidad a lo largo del siglo XIX: los movimientos surgidos durante el mismo, impulsados fundamentalmente por las reivindicaciones de la naciente clase obrera, provocaron una mayor preocupación estatal por las necesidades materiales de la población y una acción más decidida a la hora de intervenir en ámbitos tales como la educación o la salud pública anteriormente ajenos a las políticas públicas.

Y es precisamente en estos campos donde la eficacia administrativa a la hora de prestar los nuevos servicios públicos tiene mayor incidencia, al constituir aquellos los indicadores más ilustrativos en lo relativo a la mejora de la calidad de vida. En suma, el principio de eficacia administrativa se va configurando como una nueva fuente de legitimación de este tipo de Estado. Se trata, por tanto, del paso de un estado censitario en el que los poderes públicos protegen los intereses esenciales del único cuerpo electoral existente a uno en el que, como consecuencia de la democratización y consiguiente extensión del sufragio, las fuerzas políticas dentro de la lógica electoral tratan de satisfacer intereses cada vez más numerosos y complejos.

Esta evolución de la actuación administrativa se concreta en el paso de la actividad de autoridad a la actividad de prestación e intermediación social. En la primera, prima la garantía de una actuación pública conforme a Derecho (igualdad formal), mientras que en la segunda, la Administración no atenta con su actuación a los derechos individuales del ciudadano, sino que pretende implantar derechos colectivos en su beneficio, para lo cual incluso puede llegar a ser necesario el

²⁰ Ver, a este respecto, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSE M^a “*La Administración del Estado Social*” Ed. Marcial Pons, Barcelona. 1997. Pág. 22

concurso de la intervención pública (igualdad material). La determinación social del Estado expresa el deber de los poderes públicos de implementar políticas que persigan la consecución de esta igualdad material y de participar de manera activa en la configuración de la realidad social, lo que implica la superación de la mera igualdad formal propia del Estado liberal²¹. Aquí “no basta con resultados del servicio, porque es en la medición del resultado donde se puede concretar el contenido del derecho de prestación. Resultado que en muchos casos lo podrá concretar el legislador en base a estándares medios de cantidad, calidad o temporalidad.”²²

En el Estado liberal de Derecho la cuestión de la eficacia se agota en la clásica de la eficacia jurídica de su ordenamiento: al pretender sólo ordenar externamente la vida social, cuyo funcionamiento respondía a la lógica de sus propios impulsos espontáneos y, por tanto, a la idea de bienestar como resultado de la suma de las opciones individuales de desarrollo de la propia personalidad, le bastaba para ser efectivo con alcanzar el necesario umbral de adecuación real al mismo de los comportamientos.

Por el contrario, el compromiso social propio del Estado social creó, desde el principio, las condiciones para un planteamiento distinto de la misma cuestión, ya desde la óptica del cumplimiento de fines y la realización de objetivos determinados. En este contexto “la bonanza de la coyuntura económica y la consecuente disposición por el Estado de suficientes recursos para atender a la continua expansión de sus responsabilidades y cometidos veló su importancia [de

²¹ La propia CE positiviza este mandato en su artículo 9.2 “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”

²² ORTEGA ALVAREZ, LUIS: “El reto dogmático del principio de eficacia” Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1994. Pag. 201

la eficacia] e impidió que se le prestara una atención prioritaria o, siquiera, destacada”²³.

Otra consecuencia de la sensibilidad social inherente a esta configuración estatal se refiere a la nueva relación establecida entre el Estado y la sociedad. Si en el Estado liberal, la Administración aseguraba y ordenaba el marco mínimo en el que los agentes sociales desarrollaban su actividad con una mínima interrelación con aquella (*laissez faire, laissez passer*), la colaboración entre los actores privados y públicos se incrementa. En nuestro ordenamiento, el TC en su sentencia 18/1984, de 7 de febrero, define la configuración del Estado social de derecho como la culminación de una “evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica.”

Esta colaboración (o confusión) entre políticas públicas y actuaciones privadas tiene una relevante incidencia en la conceptualización de la eficacia administrativa al intentar transponer, sin elaboración adicional, los criterios de eficacia empresariales privados a las estructuras administrativas públicas. Si bien más adelante profundizaremos en este aspecto cuando hablemos de las formas de gestión, dejaremos apuntado a modo de avance que esta pretendida identificación entre eficacia pública y privada está en el origen de la conocida como huida del Derecho administrativo, al imputar al mismo vicios que redundan en ineficacia en contraposición a la supuesta agilidad y flexibilidad tanto del Derecho privado como de formas societarias y de gestión derivadas del mismo. En este contexto se produce también la confusión entre la eficacia y conceptos similares como los de productividad o eficiencia, en los términos que analizaremos con posterioridad.

²³ PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “La eficacia como principio jurídico de la Administración Pública” en “Documentación Administrativa” nº 218, INAP, Madrid, 1989, pág. 16

Ello coadyuva en el cuestionamiento del modelo social y en la quiebra de la confianza en su capacidad para asegurar no ya una continuada mejora, sino incluso una adecuada y permanente satisfacción del bienestar colectivo, haciendo saltar a un primer plano la cuestión de la eficacia en su nueva dimensión relativa al efecto real de la acción estatal, enjuiciado a la luz de los fines, los objetivos y los medios disponibles.

Esta puesta en cuestión, liderada por el pensamiento neoliberal articulado en torno a la Escuela de Chicago, fue articulada políticamente por los gobiernos conservadores de los países anglosajones en los años 80 del pasado siglo y motivó un cambio de paradigma: del Estado como solución se pasó al Estado como problema ²⁴. En este contexto, las políticas de paulatino desmantelamiento del Estado Social se comenzaron a abrir paso con la privatización de servicios públicos como muestra más significativa de la búsqueda de una mayor eficacia.

No basta ahora ya al Estado la legitimación que le presta el origen democrático del poder, ni la derivada de la efectividad (en los términos tradicionales configurados por el Estado liberal) de su mando sobre los ciudadanos: le es preciso justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, necesita más que nunca la legitimación que proviene de la eficacia en la resolución de los problemas sociales.

En palabras de Parejo: del desarrollo de las potencialidades del principio de eficacia “depende hoy más que nunca la legitimidad de la Administración pública como mecanismo asegurador de la efectividad real del orden preconizado por el Estado social y democrático de Derecho”²⁵.

²⁴ El presidente de los EEUU Ronald Reagan lo verbalizaba así en su discurso pronunciado en la Fundación Juan March, en Madrid el 7 de mayo de 1985. *“Llegamos al convencimiento de que el Gobierno no era la solución, sino el problema; que el masivo crecimiento de los gastos gubernamentales pesaba sobre el sector privado y que el excesivo incremento de los impuestos y las regulaciones estaban ahogando la iniciativa individual y destruyendo las oportunidades para nuestro pueblo”*

²⁵ PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *“Eficacia y Administración. 3 estudios”* pág. 15

Y es que cuando la Administración, en su compromiso constitucional de consecución del interés general, debe atender cuestiones acusadamente complejas, y debe hacerlo en competencia con los agentes privados, su legitimidad deja de ser meramente formal para pasar a justificarse por la calidad de sus actuaciones.

En este punto se produce (se lleva produciendo desde hace años) el desarrollo del debate acerca de las fórmulas de gestión que permitan una mayor eficacia administrativa en la consecución del fin principal de la Administración: el interés general.

2. b El interés general como objetivo de los poderes públicos

En una primera aproximación, la CE en su artículo 103.1 que la Administración Pública “sirve con objetividad los intereses generales” actuando bajo el principio, entre otros, de eficacia. Por tanto, la eficacia en cuanto principio jurídico consiste en la exigencia y necesidad de la efectiva materialización del interés general. No se pretende en esta tesis abordar una conceptualización del interés general, pero sí efectuar una breve aproximación al mismo, al tratarse como vemos del fundamento principal y razón de ser de la actuación administrativa.

En primer lugar, destacar que el interés general se ve plasmado en el derecho positivo. Como concepto jurídico indeterminado, carece de un significado preciso y constante, siendo una referencia general a la hora de la producción del citado derecho positivo. El interés general se contrapone al interés privado y no puede ser considerado como una mera adición de estos.

En segundo término, no es posible la consecución del interés general por parte de los sujetos privados, ya que, en la medida en que el interés general o público no está en la disposición, no es accesible (en su definición) a dichos sujetos ordinarios del Derecho, las personas privadas, por el hecho mismo de su sustancia o

naturaleza política. Por tanto, resulta ser inexcusablemente algo definible y gestionable o realizable únicamente desde los poderes públicos constituidos políticamente, lo que vale decir mediante el empleo de potestades y competencias; es decir, queda radicalmente excluida su satisfacción mediante simples derechos subjetivos²⁶.

De aquí la íntima conexión entre Administración pública e interés general ya que, en el desarrollo de su actuación, aquella deberá desplegar las facultades de las que le ha dotado el ordenamiento jurídico para la consecución de éste. Dentro de estas facultades se encuentra, por cierto, el régimen jurídico del que se dota, su derecho estatutario: el Derecho Administrativo. En este sentido, en palabras de Linde Paniagua, “es el interés general el que debe presidir la actuación de las Administraciones públicas a cuyo fin estas deben utilizar el o los instrumentos adecuados. El Derecho administrativo queda así reducido a su naturaleza instrumental”²⁷.

Lo anteriormente expuesto no obsta para que los sujetos privados jueguen un importante papel en este ámbito. Cabe recordar en ese sentido la STC 18/1984, de 7 de febrero, mencionada en el epígrafe anterior²⁸.

Una tercera característica del interés general es su imposible satisfacción completa. Debido en parte a la fragmentación de actuaciones ocasionada por la mayor cantidad de grupos sociales a los que hay que atraer, atender y solicitar el apoyo, el interés general es enormemente heterogéneo y prácticamente irreducible a la unidad. Sería más correcto hablar de intereses generales en plural. Esta heterogeneidad motiva, en parte, la imposibilidad fáctica de la plena consecución aludida, ya que la correcta, total y concreta identificación de todos y

²⁶ PAREJO ALFONSO, LUCIANO: “Eficacia y Administración. 3 estudios” pág.31

²⁷ E. LINDE PANIAGUA, “El Derecho administrativo como Derecho instrumental versus la huida del Derecho administrativo”, Revista del Poder Judicial, núm. 49, 1998, p. 588,

²⁸ Ver capítulo 2.a

cada uno de estos intereses –operación materialmente imposible- es una condición necesaria para aquella²⁹.

De este modo, el interés general carece de contenido material propio y determinado. Su contenido se identifica siempre como el resultado de una interacción entre otros valores y bienes jurídicos, en la que lo crucial es la ponderación relativa y adecuada de aquellos que se hagan presentes en el supuesto concreto.

También resulta imposible, en este caso jurídicamente, el establecimiento de la eficacia a cualquier precio como guía de la actuación administrativa, pues de este modo estaríamos ante una violación de la interdicción de la arbitrariedad recogida en el artículo 9.3 de la CE, interdicción que evita una sacralización de la eficacia al exigir no sólo que las políticas públicas sean eficaces, sino que empleen los medios idóneos en cada uno de los casos³⁰.

En este sentido, el principio de eficacia impone un deber, ciertamente jurídico, de que la actuación de la Administración se encamine a la obtención de los fines establecidos legalmente. Podríamos afirmar que nos encontramos, al hablar del principio de eficacia, ante una obligación de simple actividad, de diligencia o de medios. Se puede afirmar que la eventual disconformidad del actuar administrativo con el principio de eficacia no será predicable por la mera

²⁹ Esta imposibilidad ha llevado a determinados autores a desechar la eficacia como criterio de medida de la Administración Así, ALBI, EMILIO; GONZÁLEZ-PÁRAMO, JOSÉ MANUEL y ZUBIRI, IGNACIO señalan que *“para que la eficacia sea una medida adecuada de la bondad de la gestión de los recursos públicos, es necesario que los objetivos establecidos sean los máximos alcanzables con los recursos asignados y que estos objetivos tengan en cuenta todos los beneficios y los costes de la actuación pública. Pero esto es exactamente lo que hacen los análisis de eficiencia. Por ello la eficiencia, y no la eficacia, es el concepto que se debe utilizar a la hora de valorar la actuación pública.”* En *“Economía pública I”* Ed. Ariel, Barcelona, 2009, páginas. 234-235

³⁰ La imposibilidad de la completa consecución del interés general aparece en PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *“Eficacia y Administración. 3 estudios”* pág.135

constatación de que con él no se obtuvo el resultado al que debió encaminarse. La vulneración nacerá en aquel instante en que dicho actuar no vaya dirigido a la obtención del resultado querido por el ordenamiento, o que sea conforme a éste; o cuando los medios, instrumentos o etapas se presenten objetivamente como inadecuados para tal obtención. O cuando el resultado buscado, estando en línea con el querido por el ordenamiento, no alcance en su misma previsión los niveles que en ese momento pudieran objetivamente ser exigibles.

En este punto es planteada³¹ la supuesta confrontación entre los principios de eficacia y legalidad en los siguientes términos: las Administraciones Públicas se ciñen a ejecutar el mandato legislativo, sin ninguna consideración ulterior acerca de la justicia o eficacia del mismo. Así pues la eficacia administrativa estaría plenamente identificada con la eficacia jurídica de las normas sin que entren en juego otros indicadores. Esta afirmación, absolutamente reduccionista, obvia que ambos principios deben complementarse: la actuación administrativa debe ser eficaz dentro de la legalidad³², precisamente para evitar incurrir en la arbitrariedad antes referida, lo que podría suponer el fin del Estado de Derecho³³.

³¹ NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, señala que “la legalidad está siendo entendida no ya sólo como sometimiento de la Administración a la ley, sino como la exigencia de que todas las tomas de decisiones han de ir precedidas de una norma general, sin la cual se consideran ilegales. Esta desorbitación del principio de legalidad no es consecuencia de un mandato constitucional, sino resultado, más bien, de un prejuicio dogmático, que impone además la preexistencia de una norma general de cualquier rango jurídico: decreto, orden ministerial, circular, etc.” en *“La organización del desgobierno”* Ed. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 52

³² Artículo 103.1 de la CE que establece que *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”*

³³ En palabras de PAREJO *“La configuración constitucional de la eficacia administrativa en el Derecho excluye en nuestro caso cualquier intento de encontrar en la razón de Estado> en la pura dinámica del funcionamiento estatal, un fundamento independiente para la misma.”* En *“La eficacia como principio jurídico de la Administración Pública”* en *“Documentación Administrativa”* nº 218, INAP, Madrid, 1989, pág. 35.

Por otra parte, la mera aplicación del principio de legalidad cuenta con una importante limitación: da legitimidad pero no soluciones, debido al carácter necesariamente genérico de los mandatos legales que carecen de una efectiva capacidad de prescripción de actuaciones concretas.

Así pues, no hay que contraponer eficacia y principio de legalidad, sino que lo correcto consiste en determinar las condiciones en que la actuación de la Administración, siendo conforme a Derecho, sea también efectiva y apta para la satisfacción real de los intereses generales. La Administración, obligada constitucionalmente a actuar con eficacia, no puede desarrollar su actividad como mejor entienda que se alcanza tal objetivo, ha de cumplirla observando el procedimiento que al efecto le venga establecido por la legalidad de aplicación. De hecho la compatibilidad entre legalidad y eficacia es uno de los mayores retos que debe afrontar la Administración.

Teniendo en cuenta las diferentes características arriba apuntadas, la definición de interés general que podríamos apuntar es necesariamente amplia: aquel interés al que la Ley otorga un régimen jurídico de especial protección e implantación a través de su institucionalización y consiguiente atribución a una Administración Pública. Por tanto, y conectando con la definición general arriba citada, podríamos conceptuar la eficacia administrativa como la capacidad de obtener por parte de las Administraciones Públicas, la satisfacción de los intereses atribuidos a las mismas e identificados por la Ley.

2. c Términos relacionados: la eficiencia administrativa

Esta obtención por parte de los poderes públicos de la satisfacción de los intereses generales, esta eficacia, es frecuentemente objeto de cierta confusión terminológica al ser empleados diferentes conceptos para denominar la misma realidad: eficacia, efectividad, productividad, eficiencia...

El denominador común de todos estos conceptos consiste en la fundamentación fáctica de los mismos. Todos ellos se refieren a la obtención de resultados cuantificables. No obstante, la penetración de las formas y del vocabulario del ámbito de la empresa en la Administración Pública hace necesaria ciertas precisiones terminológicas, principalmente en relación a la eficiencia administrativa, principio constitucionalizado en el artículo 31.2 de la CE, que establece que “el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. Nos encontramos, pues, en una primera aproximación, con un principio economicista.

En este sentido, una Administración se conduce eficientemente cuando “con unos costes o presupuestos de gastos dado consigue hacer máximo el valor de unos objetivos deseados, o, equivalentemente, cuando se consiguen alcanzar unos objetivos dados o prefijados con el menor coste o gasto posible; en otras palabras, cuando sólo se utiliza el nivel mínimo de energías y trabajo necesario para alcanzar un nivel deseado de bienes o servicios.³⁴”

Esta definición de eficiencia, centrada, como vemos, en maximizar los resultados, tiene dos consecuencias poco deseables en el ámbito administrativo:

- Al poder cuantificarse los recursos (principalmente financieros) de los que se dispone, la principal vía de incremento de la eficiencia, o al menos la más empleada, la constituye el ahorro presupuestario sin consideración adicional ulterior.
- Como la otra cara de la moneda, los objetivos perseguidos presentan dificultades de cuantificación, ya que los beneficios económicos son más fáciles de identificar que los sociales, con lo que se redefinen dichos objetivos para una mejor cuantificación, corriendo el riesgo de orillar el segundo tipo de los mismos (los objetivos sociales)

³⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ, ENRIQUE: “Una aproximación a la Ciencia de la Administración” en “Documentación Administrativa” nº 218, INAP, Madrid, 1989, pág. 77

Esta problemática, que se da tanto en la empresa privada como en la Administración Pública, tiene peculiaridades en esta última debido a la heterogeneidad de intereses públicos cuya consecución tiene encomendada, con lo que la eficiencia administrativa tiene unas especificidades propias que imposibilitan su identificación total con la obtención de la eficiencia en la empresa privada. Ahora bien, no debemos caer en el extremo opuesto, negando todo carácter económico a la Administración, la cual, como gestora de intereses y recursos es una organización económica de primer orden, por lo que se deben considerar los aspectos economicistas de la eficiencia, y las aportaciones de la ciencia económica en este ámbito³⁵.

Hecha esta precisión, el principal rasgo distintivo de la eficiencia administrativa es, precisamente, su incardinación en la actuación en los poderes públicos que, como tal, están sujetos al principio de legalidad. De este modo, existe una clara relación entre la eficiencia y la equidad ausente del proceder de entidades privadas cuyo objetivo es la obtención de beneficios. Esta conexión está incluso positivizada en la CE, cuyo artículo 31.2 arriba mencionado habla de una asignación, además de eficiente, equitativa de los recursos públicos. La noción de la equidad económica difiere de la jurídica recogida en el 3.2 del Código Civil³⁶, y se puede definir como “la distribución justa del ingreso”³⁷. En este sentido, no es infrecuente que, a la

³⁵ VAQUER CABALLERÍA, MARCOS en “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo” en “Revista de Administración Pública” nº 186, Madrid, 2011, págs. 91-135, lo expresa del siguiente modo: “Porque la misión de la Administración pública es administrar, es decir, gestionar recursos escasos (personal, patrimonio, financiación) para la consecución de fines de interés general. Y la economía es justamente eso: la ciencia de administrar recursos escasos. Luego la Administración es una organización económica de primer orden: porque administra los recursos del Estado y porque proyecta su actividad en todas sus formas (regulación, intervención, fomento, servicio público, iniciativa empresarial, planificación, información) sobre el mercado”. Pág. 95

³⁶ “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”

³⁷ De esta forma es definida por SAMUELSON, Paul A., y NORDHAUS, William D.: “Economía”, 19.ª ed., MacGraw-Hill, México, 2010, pág. 38, citado por VAQUER CABALLERÍA, MARCOS en “El criterio de la eficiencia...” pág. 98

hora de valorar la equidad, la ciencia económica la presente como una interferencia a la hora de obtener el máximo de eficiencia, presentando ambos conceptos de manera autónoma y potencialmente enfrentada³⁸. Esta situación debe ser superada en el Derecho Administrativo, para el que, en ningún caso la equidad y la justicia deben ser considerados como obstáculos para el incremento de la eficiencia, la cual en un Estado de Derecho no puede ser injusta ni discriminatoria, sino tributaria de la idea de justicia. En suma, no se puede enfrentar la eficiencia administrativa al Derecho.

Esta relación con la equidad y la justicia tiene una doble consecuencia: por un lado, conecta la eficiencia administrativa con los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad...) y determina a su vez que un ordenamiento jurídico justo es un ordenamiento jurídico eficiente que no derrocha los recursos públicos³⁹.

En este punto, cabe la cita de la STSJIC de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 29 de Octubre de 1999, en al que al hilo del ejercicio de la potestad organizativa, realiza una notable concreción del principio de eficacia y su ascendencia en las decisiones de carácter organizativo: “En primer lugar, debe aclararse que la decisión de la Administración tiene necesariamente que valorar las repercusiones económicas del proyecto, de tal forma que los costes económicos que impliquen una u otra solución normativa serán uno de los

³⁸ En palabras de KRUGMAN, Paul, y WELLS, Robin: *Introducción a la economía. Microeconomía*, Reverté, Barcelona, 2006, pág. 15: «*hay una relación de intercambio entre equidad y eficiencia: las políticas que promueven la equidad a menudo tienen un coste en términos de eficiencia, y viceversa*»

³⁹ CALSAMIGLIA, ALBERTO en “*Justicia, eficiencia y optimización de la legislación*”, en “*Documentación Administrativa*” nº 218, INAP, Madrid, 1989, pág. 114, lo expone así: “*una sociedad no sólo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino que también debe asignar correctamente los recursos. Una sociedad que despilfarre recursos que cubren necesidades básicas no es una sociedad justa*”

factores relevantes a la hora de elegir la solución más oportuna. Se trata de una exigencia del principio general de eficacia, de acuerdo con el cual debe actuar la Administración (artículo 103 CE) y al que está sometida en el ejercicio de la potestad reglamentaria. No se concibe que un acto o disposición de la Administración pueda ser respetuoso con dicho principio si no se tiene en cuenta la repercusión que pueda tener en el gasto público.”

La referida sentencia continúa afirmando que toda decisión administrativa debe respetar el principio de eficacia “que en su aspecto económico, determinara que se escoja la solución que menor gasto público implique”. Es decir, que configura la eficiencia como la vertiente económica de la eficacia, en clara relación de subsidiariedad respecto a esta, y en línea con otros pronunciamientos como los recogidos en la SAN de 30 de junio de 1990, STSJ de Asturias de 28 de noviembre de 1997, o la STSJ de Castilla La Mancha de 3 de febrero de 2000.

En vista de lo expuesto, y una vez delimitado el concepto de la eficiencia administrativa, resulta evidente que la misma no se puede reducir, tal y como con demasiada frecuencia se lleva a cabo, a una mera cuestión de ahorro presupuestario, debiendo tener en consideración otros aspectos como el modo en que se emplean los recursos y el destino de los recursos, y debe ponerse en relación con el objetivo final de esta aplicación: es decir, se debe poner en relación con la eficacia.

Ambas nociones son diferentes pero inescindibles: la eficiencia en la ineficacia carece de sentido y la eficacia global pasa necesariamente por la eficiencia. Por eso no cabe contraponerlas ni ponderar entre ambas, como si fuesen principios diferentes, como del mismo modo tampoco hay que confundirlas en un único principio identificando eficacia de la Administración Pública con eficiencia de las mismas.

Una de las claves para explicar la relación entre ambos conceptos es la de caracterizar la eficacia como un principio jurídico y la eficiencia como un criterio en base al que valorar la implementación de dicho principio. La eficacia es un valor absoluto, ya que su desarrollo depende del cumplimiento o no de los objetivos planificados, en tanto en cuanto la eficiencia es relativa, al deber

conectar la consecución de dichos objetivos con el empleo y la asignación racionales de los recursos públicos. Se puede afirmar que uno de los criterios que ha de cumplir la Administración para ser eficaz es ser eficiente⁴⁰.

Esta intensa, necesaria y continua relación determina que la eficacia global de la Administración aumenta según lo hace su eficiencia porque, siendo para ella indisponibles los recursos disponibles, los ahorros conseguidos en la gestión de un fin no sólo podrán, sino que deberán necesariamente destinarse al mismo o a otros de los que tiene atribuidos, mejorando sus resultados. Y, del otro lado, el discurso sobre la idoneidad de medios no puede prescindir de los fines. Una actuación no puede ser eficientemente ineficaz: si existiera algún óptimo de eficiencia para la ineficacia, sería precisamente la inactividad.

Es decir, que no es conveniente asumir que la eficiencia absorba a la eficacia, transponiendo esquemas de aplicación de la empresa privada que están detrás de la deslegitimación de parte de las instituciones administrativas, como tampoco podemos pretender que la actuación de los poderes públicos no se conduzca por criterios eficientes, lo que redundará, no sólo en una mayor eficacia administrativa en los términos analizados con anterioridad, sino también en la posibilidad de presentar una “respuesta competitiva” a los desafíos que la gestión genuinamente pública debe afrontar.

⁴⁰ Ahora bien, siendo la eficiencia el criterio general que preside la vertiente económica del Derecho Administrativo, el empleo de la misma como único canon para valorar la actuación de la Administración ha provocado, en palabras de VAQUER CABALLERÍA, MARCOS que se haya “devaluado el valor económico de las instituciones de nuestro Derecho Administrativo muchas de las cuales son despachadas de forma apodíctica como «barreras», «cargas», «distorsiones» o «costes de transacción» para el mercado, que conviene eliminar o, cuando menos, reducir a su mínima expresión” (“El criterio de la eficiencia...,” pág. 124). Esta devaluación subyace en fenómenos como la huida del Derecho Administrativo y la desregulación, cuya incidencia en las formas de gestión se produce de una manera directa e intensa.

3-La eficacia administrativa en el ordenamiento jurídico español. Constitución, Tribunal Constitucional y legislación de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas.

3.a) La eficacia en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional

Debemos detenernos en este epígrafe en el mandato constitucional expreso para una actuación administrativa eficaz, contenido en el artículo 103.1 de la CE: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Esta explícita obligación de resultar eficaz descansa en el deber que corresponde a todos los poderes públicos de promover –de manera eficaz- las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como la obligada remoción de los obstáculos que la impidan o dificulten su plenitud (artículo 9.2 CE ⁴¹). Este claro mandato dirigido a todos los poderes públicos de participar de manera activa y decidida en la configuración de la realidad social implica, desde luego, la superación resuelta de la situación de mera igualdad formal dominante, como hemos tenido ocasión de analizar, en el llamado Estado liberal y se concreta en el completo catálogo de políticas públicas establecido en el interior del Capítulo III del Título I de la propia Constitución.

Es decir, y en línea con lo expuesto de manera general en epígrafes anteriores, la vigencia del Estado social en el ámbito constitucional español se expresa en el principio de eficacia predicado respecto de las relaciones externas de la Administración, de manera que la eficacia es la traducción en el campo administrativo de los deberes constitucionales positivizados en el artículo 9.2 de la CE en los que se concreta el valor superior de la igualdad (artículo 1.1) derivado

⁴¹ “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

directamente de la nota de socialidad del Estado, explicitada en el mismo artículo 1.1⁴².

En este sentido, el citado artículo 103.1 perfila el principio de eficacia en términos que no se agotan en la eficacia jurídica, sino que comportan la exigencia de una acción organizada, programada legalmente, idónea y sistemática para la realización práctica de la generación de las condiciones sociales deseadas por el ordenamiento jurídico.

Al hilo de lo anterior resulta lógica la conexión entre el principio de eficacia contenido en el artículo 103.1 con el Estado Social pues en cuanto la Administración Pública actúe con la eficacia que exige el artículo 103.1 y gestione eficientemente los centros y servicios a que viene obligada por los principios rectores de la política social, se estará propiciando el efectivo cumplimiento de la conformación social que es objeto del Estado social y en la que se justifica y legitima⁴³.

De hecho, y en consonancia con esta relevancia de una actuación pública eficaz, la CE no sólo se limita a imponer la eficacia como principio de actuación de la Administración Pública en el artículo 103.1, ya que todo el texto está salpicado de referencias a la misma. Sin ánimo de exhaustividad cabe citar los siguientes ejemplos ilustrativos: la ya mencionada imposición a los poderes públicos del deber de conseguir que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que éstos se integran sean reales y efectivas (artículo 9.2), la determinación del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial en términos de tutela judicial efectiva (artículo 24.1), el establecimiento del deber de asegurar la participación eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y

⁴² *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político.”*

⁴³ En BELTRÁN AGUIRRE, MANUEL: *“Los principios organizativos de la Administración Social”* en *“Documentación Administrativa”*, núm. 271-272, Madrid, 2005, págs. 207-236. Pág. 218

cultural (artículo 48), la asignación al poder público de la responsabilidad de proteger, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los intereses económicos de los consumidores (artículo 51) o de promover eficazmente las formas de participación en la empresa (artículo 129.1), o la garantía por el Estado de la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 (artículo 138.1).

Cabe destacar, no obstante, que aún a pesar de la relevancia que el texto constitucional otorga a la eficacia administrativa, relevancia que proyecta, como analizaremos a continuación, al resto del ordenamiento jurídico, existe una posición doctrinal que niega el carácter de principio jurídico a la eficacia. Así, por ejemplo, Mariano Baena del Alcázar defiende que “la eficacia no es un verdadero principio, sino un criterio general que expresa un aspiración de los constituyentes. Por supuesto que la Administración Pública debería actuar con eficacia, pero de este deber no se desprende ninguna consecuencia en la práctica ni para la comprensión de lo que sea la Administración Pública ni para el valor jurídico de sus actos y la garantía del ciudadano frente a ellos.”⁴⁴

Esta posición está, a mi juicio, ampliamente superada y la relevancia constitucionalmente otorgada a la eficacia administrativa ha sido reforzada y perfilada a través de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en este sentido, principalmente mediante tres sentencias, la STC 22/1984 de 17 de febrero, la STC 27/1987, de 27 de febrero, y la STC 178/1989, de 2 de noviembre. Las características principales de este principio según estas sentencias son las siguientes:

- Consagra un bien o interés jurídico de orden constitucional

⁴⁴ En “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”. En la obra colectiva “*Comentarios a las Leyes Políticas*” Edersa, Madrid, 1985, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Tomo VIII. Pág. 272

- Tiene un contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, de forma que su concreción corresponde al legislador ordinario en relación a lo que sea el interés general⁴⁵
- Obliga a todas las Administraciones Públicas⁴⁶
- Alcanza a la organización de la Administración, a su funcionamiento y se proyecta sobre todos los servicios públicos en un sentido amplio⁴⁷

Ahora bien, la eficacia administrativa constitucionalmente reconocida debe desplegarse en coordinación con otros principios jurídicos, e incluso subordinarse a algunos de ellos, como puede ser el caso de los valores superiores del ordenamiento jurídico como la igualdad. En este sentido, recordar que además de eficaz, la actuación administrativa debe someterse a la Ley y al Derecho⁴⁸.

Y es que, aunque la eficacia de la Administración es un bien constitucionalmente protegido por el artículo 103.1, tal principio es de rango inferior a la igualdad, que

⁴⁵ “El artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia «con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho», significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia” Fundamento Jurídico 4º de la STC 22/1984.

⁴⁶ “El principio de eficacia administrativa (art. 103.1 de la C.E.), que debe predicarse no sólo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen, al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan.” Fundamento Jurídico 2º de la STC 27/1987

⁴⁷ “Si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1, que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente” Fundamento Jurídico 3º de la STC 178/1989.

⁴⁸ Ver epígrafe 2.b

es no sólo un derecho individual de los españoles protegible incluso por vía de amparo (artículos 14 y 53.2 CE), sino un principio al que está sometido el legislador (artículos 14 y 9.1 CE), e incluso, como ya queda referido, un valor superior del ordenamiento (artículo 1.1 CE) ante el cual deben ceder otros de rango inferior, pues es indudable que no puede buscarse la eficacia de la Administración con medidas legislativas que atenten contra la igualdad de los ciudadanos y que no guarden la necesaria proporcionalidad entre los fines que se trata de obtener y la lesión del derecho a la igualdad que producen⁴⁹.

3.b) La implementación del principio de eficacia en el ordenamiento jurídico español

De esta manera, y en perfecta línea de continuación con la breve doctrina constitucional expuesta, el legislador ordinario ha desarrollado de manera cada vez más frecuente e intensa las potencialidades que encierra el principio jurídico de eficacia administrativa en la consecución del interés general. Aunque no puede agotarse aquí todas sus concretas manifestaciones, cabe dar cuenta, sin embargo, de alguna de sus principales expresiones.

Por de pronto, y dada su posición principal en la configuración de todas las Administraciones públicas, interesa notar cómo el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras repetir el enunciado del artículo 103.1 CE observa además, y en particular, que en su actuación se rige “por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos”. Regla general que para el ámbito concreto de la Administración General del Estado concreta después el también artículo 3 de la LOFAGE al disponer, entre otros ciertamente muy relacionados con el que nos ocupa, que dicha Administración se organiza y actúa de acuerdo con los principios de “economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales”; así como de “eficacia en el cumplimiento de los

⁴⁹ Ver en esta línea el voto particular emitido por los magistrados Gloria Begué Cantón, Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente, Rafael Gómez-Ferrer Morant y Antonio Truyol Serra a la STC 75/1983, de 3 de agosto.

objetivos fijados” y de “eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”.

En este sentido, la exposición de motivos de la misma LOFAGE, establece que “junto al principio de legalidad de la actividad, es conveniente subrayar que también vincula a la Administración General de Estado el principio de eficacia. En efecto, el funcionamiento de la maquinaria administrativa estatal debe adecuarse a la gestión por objetivos y a la calidad como forma ordinaria de prestación de los servicios públicos”.

En segundo término, y dentro ya del entero proceso de reforma de las organizaciones públicas impulsado por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos, procede señalar la creación, mediante Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas, dedicada, justa y precisamente, a “la promoción y realización de evaluaciones de las políticas y programas públicos cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, favoreciendo el uso racional de los recursos públicos y el impulso de la gestión de la calidad de los servicios”.

Por su parte, el EBEP expresa también entre sus fundamentos de actuación el “servicio a los ciudadanos y a los intereses generales”, así como la “eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos” (artículo 1.3 del referido texto legal). Cabe destacar asimismo en relación a esta eficacia la afirmación contenida en su exposición de motivos, pues proclama de manera clara que “elemento fundamental de la nueva regulación es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño de los empleados públicos”; regla que luego desarrolla en su interior con carácter general en el artículo 20, y de manera más precisa para el personal directivo en el artículo 13.3, a cuyo tenor dicho personal “estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados”.

De lo anteriormente expuesto⁵⁰, además de la concreción cada vez mayor de la que se dota al principio de eficacia, se infiere que se abre camino un esfuerzo normativo para articular mecanismos que permitan evaluar el grado de eficacia administrativa obtenida. Además del uso racional de los recursos públicos analizado con anterioridad y plasmado en el criterio de eficiencia, todo apunta a considerar la oportunidad de establecer métodos propios de evaluación de la eficacia administrativa entre los que quizá merece destacarse el llamado método de la calidad total, cuya recepción en los textos citados con anterioridad denota su aceptación. Este método, cuya aplicación a la gestión sanitaria analizaremos más adelante, está presidido por la idea de una permanente autoevaluación de las organizaciones públicas a través de criterios estandarizados que permiten la competencia entre ellas⁵¹.

⁵⁰ Las referencias legislativas son muy abundantes y me he centrado en las más relevantes y en la Administración General del Estado para dotar al epígrafe de mayor concisión, al existir numerosas invocaciones al principio de eficacia tanto en la legislación sectorial como en las normativas autonómicas. Únicamente indicar en este punto que los distintos Estatutos de Autonomía se hacen eco de este principio a la hora de regular las distintas Administraciones. A modo de ejemplo, el artículo 62.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril) establece que *“La Administración Pública aragonesa ajustará su actividad a los principios de eficacia, eficiencia, racionalización, transparencia y servicio efectivo a los ciudadanos.”* Por su parte, el artículo 44 del Estatuto andaluz (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) dispone que *“todas las actuaciones de las Administraciones andaluzas en materia competencial se regirán por los principios de eficacia, proximidad y coordinación entre las Administraciones responsables”* poniendo el énfasis en la actuación coordinada interadministrativa, mientras que el 133.1 establece, ya en un ámbito más concreto, que *“la Administración de la Junta de Andalucía sirve con objetividad al interés general y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, racionalidad organizativa, jerarquía, simplificación de procedimientos, desconcentración, coordinación, cooperación, imparcialidad, transparencia, lealtad institucional, buena fe, protección de la confianza legítima, no discriminación y proximidad a los ciudadanos, con sujeción a la Constitución, al Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico”*.

⁵¹ Ver a este respecto el artículo de PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *“El reto de la eficaz gestión de lo público”* en el número 149 de la revista *“Sistema”* págs. 3-23. Fundación Sistema. Madrid, 1999

Esta metodología sitúa la calidad como la piedra angular a la hora de valorar la eficacia de la actuación de los poderes públicos. En este contexto, la calidad tiene un carácter formal, de hecho el diccionario de la RAE la define, como primera acepción, “la propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo que permiten juzgar su valor”, lo que trasladado a la óptica jurídico-administrativa provoca que se conceptúe la calidad como la óptima realización del pertinente orden constitucional. Así pues, contamos con dos criterios para valorar la eficacia administrativa: la eficiencia y la calidad. Avancemos en el análisis de este último en el ámbito sanitario.

4. La eficacia administrativa en el sector sanitario: especial consideración de la calidad asistencial

4.a) La importancia de un sector sanitario eficaz

Centrándonos en el ámbito sanitario, la preocupación pública por la protección de la salud constituye uno de los principales rasgos característicos del Estado Social junto con la educación y las pensiones. En este sentido, la CE la constitucionaliza en su artículo 43, cuyo apartado 1 reconoce “el derecho a la protección de la salud”, mientras que en el que 2 se establece que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.” Queda configurado este derecho como de contenido marcadamente prestacional que, al igual que otros derechos formulados en el Capítulo III (del Título I CE) como el derecho al medio ambiente, el derecho a la vivienda o el derecho de acceso a la cultura, implica sobre todo un mandato de actuación para los poderes públicos y, en primer lugar, al poder legislativo. Lo cual sitúa a estos derechos en el polo opuesto de las normas constitucionales completas y de efectos inmediatos⁵².

⁵²En este sentido, el artículo 53.3 de la CE dispone que “*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*”

Por tanto, nos encontramos con que grandes áreas de actuación administrativa se encuentran fuera de la efectividad inmediata que brinda el texto constitucional, lo que redundará en una mayor importancia de la evaluación de la eficacia de los mismos⁵³.

Esta necesidad de actividad de servicio público en la sanidad aparece destacada incluso en normas que tratan de eliminar “trabas administrativas”⁵⁴, adelgazando la estructura administrativa y dificultando, por tanto, la actuación de los poderes públicos, como la conocida como Directiva Bolkenstein⁵⁵, norma que propugna una profunda desregulación en el marco del sector servicios⁵⁶. Pues bien, su artículo 2.2.f dispone expresamente que no será de aplicación a “los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter

⁵³ CARLOS URANGA COGOLLOS, en *“El principio de eficacia en la organización administrativa”* en *“Documentación Administrativa”* nº 218, INAP, Madrid, 1989, págs. 102-103, afirma en este sentido que *“De esta manera nos encontramos con que las grandes áreas de actuación administrativa: sanidad, educación, trabajo, calidad de vida, etc., que constituyen en una posible evaluación cuantitativa los centros de interés del ciudadano, no se encuentran protegidas directamente por los Tribunales, y es sin duda ésta la razón por la que debe proyectarse sobre ellas con mayor fuerza el principio de eficacia, porque sólo él puede garantizar al ciudadano el nivel de satisfacción y calidad de vida a que puede aspirar”*

⁵⁴ Entrecorrido el concepto de trabas administrativas en línea con el artículo de MARCOS VAQUER CABALLERÍA *“El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”* en *“Revista de Administración Pública”* nº 186, Madrid, 2011, págs. 91-135, cuyas opiniones relativas a la laminación de trámites y procedimientos administrativos comparto

⁵⁵ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de diciembre y denominada así por el comisario holandés de mercado interno que la impulsó, Frits Bolkenstein.

⁵⁶ A modo de ejemplo, en su considerando segundo, la Directiva cita como obstáculos que impiden o frenan ni más ni menos que el desarrollo de los servicios entre los Estados miembros *“un exceso de trámites administrativos”*.

público o privado.” Por tanto, subyace un especial tacto a la hora de levantar regulaciones sobre el sector sanitario, tacto consecuencia directa de su importancia en las agendas públicas por su elevada e intensa repercusión en la calidad de vida de la ciudadanía⁵⁷.

Además, no debemos olvidar que los servicios sanitarios se prestan directa y personalmente, no son servicios públicos que sirvan a cada individuo de una manera indirecta (como los transportes o la energía, por ejemplo). Por el contrario, se prestan a cada persona en tanto que miembro de la sociedad de una manera inmediata y sin intermediarios. Por tanto, aunque sean susceptibles de ser prestados en concurrencia con la iniciativa privada (dado su evidente contenido económico), los fallos del mercado los alejan de la competencia perfecta. Esta circunstancia, unida al hecho de que el trato personal con el usuario es de vital importancia (lo que incide en los modos de gestión) y al principio de solidaridad, impone garantizar la prestación de dichos servicios en condiciones tendencialmente universales y gratuitas.

Es más, hay quien afirma que el carácter de servicio público de estos servicios está tan profundamente enraizado en la cultura europea “que parece inconcebible la existencia misma del Estado si dichos servicios desaparecieran.”⁵⁸ Es sumamente ilustrativa la pervivencia de esta concepción si consideramos el amplio impulso liberalizador llevado a cabo por el derecho comunitario, que ha impuesto la concurrencia y ha suprimido los monopolios, figura esta tradicionalmente asociada al concepto de servicio público (al menos en nuestro país).

Así pues, se concluye con claridad que por sus especiales características y contenido, los servicios sanitarios suponen un ámbito especialmente sensible. En este escenario, se debe considerar la incidencia directa de los mismos en la

⁵⁷ No hay que olvidar en este sentido que el Preámbulo de la propia CE se refiere, en su párrafo quinto, a “asegurar a todos una digna calidad de vida” que, obviamente, no sería posible sin una adecuada protección de la salud.

⁵⁸ En Muñoz Machado, Manuel “*Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo I*” Ed. Civitas, Madrid 2004, pág. 90

ciudadanía a la hora tanto de configurar los modos de gestión como de establecer indicadores de eficacia.

4.b) La calidad asistencial como indicador de un sector sanitario eficaz

Hemos tenido ocasión de analizar cómo, en buena medida, la legislación sectorial es la encargada de determinar los estándares que deben observar las actuaciones públicas para ser consideradas eficaces. En la materia objeto de esta tesis, la principal norma en este sentido la constituye la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCS) por varias razones:

- Se trata de la primera Ley de ámbito estatal tras la LGS que aborda una ordenación integral de la totalidad del SNS, una vez transferidas las competencias correspondientes a las Comunidades Autónomas⁵⁹.
- Es una norma orientada a la obtención de resultados y a la participación ciudadana, considerados ambos criterios la fuente de legitimación de la acción administrativa, toda vez que habían transcurrido 16 años desde la aprobación de la LGS⁶⁰.

⁵⁹ Es cierto que hay otras disposiciones legislativas organizativas del SNS, pero ni se producen tras finalizar la asunción competencial autonómica ni acometen un esfuerzo integral como la LCCS. Como ejemplo de este otro tipo de disposiciones tenemos las habilitantes de nuevas formas de gestión cuyo análisis se efectuará con posterioridad.

⁶⁰ La propia Exposición de Motivos lo sintetiza de esta manera: *“transcurridos más de 16 años desde la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad, se han producido profundos cambios en la sociedad, tanto culturales, tecnológicos y socioeconómicos como en la manera de vivir y de enfermar. Y se plantean nuevos retos para la organización del Sistema Nacional de Salud, como son la orientación a los resultados en salud, la potenciación del papel de los usuarios como decisores, la implicación de los profesionales en las reformas administrativas, las actuaciones clínicas y la toma de decisiones basadas en la evidencia científica, así como la búsqueda de mecanismos de integración en la atención sanitaria y la sociosanitaria, retos todos ellos que han puesto de manifiesto la necesidad del funcionamiento cohesionado del Estado y de las comunidades autónomas para complementar algunos elementos esenciales del Sistema Nacional de Salud, de manera que pueda adaptarse a la modernización que el entorno le exige.”*

-Establece la calidad como criterio orientador y cuantificador de los resultados del SNS. Concretamente, la Exposición de Motivos recoge que es objetivo del SNS garantizar la calidad que “conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, que oriente los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen ; calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, e implicando a todos los actores de sistema”.

- Se pone el énfasis en la coordinación del SNS entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas

Este esfuerzo normativo pone de manifiesto que la cohesión y la calidad en modo alguno son casuales o independientes, son elementos clave e interdependientes del Sistema Nacional de Salud en cuanto que instrumento ejecutivo, complejo por descentralizado de la política pública sanitaria dirigida a hacer efectivo el mandato constitucional⁶¹.

En este sentido, resulta imprescindible a la hora de valorar la eficacia del sistema, considerar la calidad como un indicador clave para este análisis, ya que la cohesión no ofrece el mismo carácter medible. Además, la incorporación de la calidad como principio rector de la actuación del SNS en la LCCS guarda evidente relación con el principio constitucional de eficacia estudiado con anterioridad. Esta conexión resulta más clara cuando la sanidad pública es uno de los principales factores que coadyuvan en el aseguramiento de una digna calidad de

⁶¹ Ver a este respecto el artículo de PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *“La calidad al servicio de la eficacia en el SNS”* en Luciano PAREJO, Alberto PALOMAR y Marcos VAQUER (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 215 y ss. En la página 217 afirma que la cohesión y la calidad *“son condición de la funcionalidad del sistema, de su idoneidad para la generación y mantenimiento continuado de las condiciones reales calificables de estado de protección suficiente de la salud”*

vida, objetivo constitucional⁶². En este punto, y desde un punto de vista jurídico-administrativo, la calidad de vida es un determinado status ciudadano, cuya entidad, alcance y consistencia presenta una variable dependencia de la acción estatal.

De este modo, contamos con dos vectores clave a la hora de calificar una determinada política pública en el ámbito de la sanidad como eficaz: que sea eficiente y que contribuya al incremento de la calidad en la prestación del servicio.

5. Conclusiones

A modo de conclusión, indicar que, si bien la eficacia administrativa es una magnitud cuya medición y evaluación resulta compleja de abordar, sí se pueden abordar actuaciones en este sentido. En primer lugar analizando materia por materia, extrayendo los objetivos que la normativa sectorial atribuye a la actuación administrativa en dicha área. En segundo lugar, examinando la eficiencia de las políticas públicas, al tratarse éste de un criterio transversal que toda actuación pública eficaz debe observar. Es a la luz de estos parámetros donde debemos ponderar la mayor o menor eficacia de una actuación concreta.

En el ámbito sanitario, donde la eficacia tiene una incidencia tan relevante en la percepción ciudadana, debemos, como hemos comprobado, poner el foco en la calidad de la prestación sanitaria y en la eficiencia presupuestaria como los dos factores principales de la eficacia.

⁶² Contenido en el párrafo quinto del Preámbulo de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- BAREA JOSÉ. (1994), “El problema de la eficiencia del sector público en España. Especial consideración de la Sanidad”, Instituto de Estudios Económicos, 1994 Madrid
- BAREA JOSÉ. «La gestión de la Sanidad: un bien privado financiado públicamente», Papeles de Economía Española, núm. 69, págs. 52 y ss.
- BAUZÁ MARTORELL, F. (2001), La desadministración pública, Marcial Pons, Madrid.
- BEATO ESPEJO, M. (1989), «El Sistema Sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad», RAP, núms. 119 (págs. 379 y ss.) y 120 (361 y ss.).
- BELTRAN AGUIRRE, J.L, «Los principios organizativos de la Administración social: descentralización, participación, coordinación y cooperación», Documentación Administrativa, núm. 271-272 (enero-agosto 2005), pp. 207 y SS.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, pág. 62
- GARCÍA ENTERRÁ, E Y FERNÁNDEZ, T.R: “Curso de Derecho Administrativo” Editorial Civitas, Madrid. 1993

- GARCÍA ENTERRÁ, E (1996), «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», REDA, núm. 89, págs. 69 y ss.
- GARRIDO FALLA, F. (1994a), «El concepto de servicio público en Derecho español », RAP, núm. 135, págs. 7 y ss.
- GERVÁS, J. Y ORTÚN, V., «Regulación y eficiencia de la atención sanitaria primaria en España», en López I Casanovas, G. Y Rodríguez Palenzuela, D .. (Coords.) (1997) La regulación de los servicios sanitarios en España, Editorial Civitas, Madrid, págs. 129 y s
- MONTOYA MARÍN, E. (1996), Las empresas públicas sometidas al Derecho privado, Marcial Pons, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, M: “Tratado de derecho administrativo y derecho público general” Civitas, Madrid 2004
- PAREJO ALFONSO, L. (1989), «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública», Documentación Administrativa, núms. 218-219, págs. 15 y ss.
- (1991), Crisis y renovación del Derecho público, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1995), Eficacia y administración. Tres estudios, MAP, Madrid.

-
- (1996), «Público y privado en la Administración Pública», en Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, tomo IV, Civitas, Madrid.
 - (2000) “La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos en España” en “El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo”. Tirant lo Blanch, Valencia.
 - 2004) «La calidad al servicio de la eficacia en el Sistema Nacional de Salud>>, en LUCIANO PAREJO, ALBERTO PALOMAR Y MARCOS VAQUER (coords.), La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales, Madrid-Barcelona, pp. 215 y ss.
 - PAREJO ALFONSO, L, LOBO, FÉLIX Y VAQUER CABALLERÍA, M: (coord.) “La organización de los servicios públicos sanitarios”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000
 - RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M: “La Administración del Estado Social”. Marcial Pons, Madrid: 2007.
 - SENDÍN GARCÍA, M.A “Hacia un servicio público europeo” Comares. Granada, 2003
 - VAQUER CABALLERÍA, M: “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo” en “Revista de Administración Pública” nº 186, Madrid, 2011, págs. 91-135

LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: NOVEDADES Y CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS

ROBERTO MAYOR GÓMEZ

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: Diciembre 2015

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. NOVEDADES Y CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS EN LA REGULACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA
3. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La notificación administrativa es una actuación principal en el procedimiento administrativo que garantiza la eficacia del acto administrativo con incidencia incluso sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los interesados, como ha declarado de forma constante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁶³

⁶³ El Tribunal Constitucional, ha reconocido que los actos de notificación “*cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al afectado adoptar las medidas que estime más eficaces para sus intereses, singularmente*”

La publicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de Octubre de 2015) ha introducido importantes modificaciones en el régimen de las notificaciones administrativas que entrarán en vigor, de conformidad con la disposición final séptima, el 2 de octubre de 2016, y derogará, entre otras normas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [disposición derogatoria única, segunda, apartado a)].⁶⁴

la oportuna interposición de los recursos procedentes” (STC 155/1989, de 5 de octubre, FJ 2); teniendo la *“finalidad material de llevar al conocimiento”* de sus destinatarios los actos y resoluciones *“al objeto de que éstos puedan adoptar la conducta procesal que consideren conveniente a la defensa de sus derechos e intereses y, por ello, constituyen elemento fundamental del núcleo de la tutela judicial efectiva”* sin indefensión garantizada en el art. 24.1 CE (STC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3); en el mismo sentido, las STC 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4 y STC 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2.

En todo caso, la aplicación potencial del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del procedimiento administrativo en materia de notificaciones en los supuestos que ha reconocido la jurisprudencia (cuando el vicio en la notificación haya dificultado gravemente o impedido al interesado el acceso al proceso; falte la notificación personal del inicio de la vía de apremio aunque se haya podido impugnar la liquidación tributaria; o en el ámbito de un procedimiento sancionador no se haya emplazado al interesado, causándole indefensión, pese a que podía ser localizado a partir de los datos que obraban en el expediente...), únicamente lesiona el artículo 24 CE cuando se produce la denominada indefensión material, no la formal, impidiendo *“el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución”* (STC 155/1989, de 5 de octubre, FJ 3; STC 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; y STC 113/2001, de 7 de mayo, FJ 3), con el *“consiguiente perjuicio real y efectivo para los interesados afectados”* (STC 155/1988, FJ 4; STC 112/1989, FJ 2; STC 91/2000, de 30 de marzo; STC 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; STC 19/2004, de 23 de febrero; y STC 130/2006, de 24 de abril, FJ 6). En igual sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, sec. 3ª, 10 de noviembre de 2011 FJ 5, rec. 6212/2010.**

⁶⁴ Véase que también se derogan las siguientes normas: Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; artículos 4 a 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo,

En la exposición de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), ya se avanza una novedad destacada, que incide, sin duda, en el cómputo de los plazos de la notificación administrativa, como es la introducción del cómputo de plazos por horas y la declaración de los sábados como días inhábiles, lo que supone unificar el cómputo de plazos en el ámbito judicial y el administrativo.

En todo caso, y como veremos a continuación, las más importantes modificaciones que introduce la LPACAP son aquellas que afectan a la forma o medio de relacionarse los interesados y la Administración en materia de notificaciones electrónicas.

A través del presente artículo se pretende aportar una visión jurídica crítica de las reformas introducidas por la LPACAP anticipando e identificando una serie de aspectos jurídicos que, una vez que entre en vigor y comience a ser aplicada por las Administraciones, van a generar debate jurídico y pueden llegar a ser fuente de conflicto o controversia en los órganos judiciales.

2. NOVEDADES Y CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS EN LA REGULACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial; Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora; Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro; y los artículos 2.3, 10, 13, 14, 15, 16, 26, 27, 28, 29.1.a), 29.1.d), 31, 32, 33, 35, 36, 39, 48, 50, los apartados 1, 2 y 4 de la disposición adicional primera, la disposición adicional tercera, la disposición transitoria primera, la disposición transitoria segunda, la disposición transitoria tercera y la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

En este apartado se pretende abordar de forma sistemática las principales novedades que introduce la LPACAP que afectan o tienen incidencia, directa o indirectamente, en las notificaciones administrativas, así como diversos aspectos jurídicos controvertidos de su regulación, y que se han agrupado para una mejor comprensión en los siguientes epígrafes:

1º) Obligación de relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas (artículo 14)

Se establece la obligación de relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo a los sujetos que enumera (personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional...) ⁶⁵.

A mi modo de ver, y como ya se expuso por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) en el informe sobre el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de fecha 5 de marzo de 2015, la norma presume esa capacidad en las entidades sin personalidad jurídica en todo caso, cuando la diversa tipología de estas, y su diferente objeto y

⁶⁵ El precedente de dicho precepto se encuentra en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, conforme al cual las Administraciones Públicas podrán establecer reglamentariamente la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas y colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados, tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.

actividad, no permitiría alcanzar dicha presunción en términos absolutos e indiscriminados.⁶⁶

En cuanto a las personas físicas, en principio, podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, y que podrá ser modificado por aquellas en cualquier momento, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas⁶⁷.

En este sentido, los interesados que no estén obligados a recibir notificaciones electrónicas, podrán decidir y comunicar en cualquier momento a la Administración Pública, mediante los modelos normalizados que se establezcan al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos (artículo 41.1 LPACAP).

Esta forma de relacionarse con la Administración Pública condiciona la notificación administrativa puesto que ésta se practicará por medios electrónicos, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirla por esta vía.

2º) Cómputo de plazos por horas (artículo 30.1)

⁶⁶ Como igualmente se puso de manifiesto en la jornada de expertos sobre "La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la administración electrónica", celebrada en Madrid el 4 de mayo de 2015, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en donde se planteó la problemática que podría generarse a determinadas personas jurídicas como, por ejemplo, las comunidades de propietarios.

⁶⁷ Los artículos 14.3 y 41.1 LPACAP señalan que "Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios".

Se prevé la posibilidad de que los plazos administrativos puedan fijarse por horas, en cuyo caso se entiende que éstas son hábiles, salvo que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea se disponga otro cómputo, y aclarándose que son hábiles todas las horas del día que formen parte de un día hábil.

En cuanto al cómputo de los plazos expresados por horas se contarán de hora en hora y de minuto en minuto, indicándose que el cómputo del plazo se iniciará desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate y no podrán tener una duración superior a veinticuatro horas, en cuyo caso se expresarán en días.

En todo caso, a los efectos del cómputo de plazos por horas debe tenerse en cuenta que el registro electrónico de cada Administración u Organismo, que permitirá la presentación de documentos todos los días del año durante las veinticuatro hora, se regirá a efectos de cómputo de los plazos, por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso (artículo 31 LPACAP)⁶⁸.

Esta regulación puede generar alguna problemática jurídica si no se da respuesta adecuada a qué sucede si un interesado presenta en plazo un documento en el registro electrónico de una Administración u Organismo diferente de la destinataria, y, por motivos ajenos a aquel, se registra dicho documento en la sede electrónica de acceso de la Administración u Organismo destinatario fuera de plazo, lo que pudiera no ser tan infrecuente puesto que se trata de plazos por horas y no por días.

3) Reconocimiento normativo expreso del criterio para el cómputo final de plazos fijado por la jurisprudencia (artículo 30.4)

⁶⁸ Véase que cada Administración, y en su caso sus Organismos públicos vinculados o dependientes, dispondrán de un Registro Electrónico General, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, Organismo público o Entidad vinculado o dependiente a éstos, y en el que se podrán anotar en el mismo, la salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares (artículo 16 LPACAP).

Se aclara que el plazo concluirá y coincidirá con el ordinal del día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento, que es el criterio jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo pues, según su doctrina mayoritaria, el plazo vence el día cuyo ordinal coincide con el día de la notificación del acto⁶⁹.

⁶⁹ Entre otras, en la **STS de 2 de abril de 2008 (recurso de casación 323/2004)** se declara que: *“La excepción de inadmisibilidad enunciada ha de ser estimada. Y es así porque es correcta la constatación de fechas a que alude la representación estatal y a la que hace referencia el anterior fundamento de esta sentencia. De modo que si la resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 6 de febrero de 2004, por la que se adjudicó el puesto de Subdirector adjunto en el Departamento 1.º de la Sección de Fiscalización (área de Fiscalización Económica), apareció publicada en el BOE, núm. 37, de 13 de febrero de 2004, reproduciéndose íntegramente el texto de la misma y con un claro y preciso pie de recursos, y la alzada promovida por el demandante, aparece fechada y registrada ante dicho Tribunal de Cuentas el 15 de marzo de 2004, y resulta de aplicación el plazo de un mes para la alzada conforme el art. 115 de la Ley PAC, 30/1992, al estarse ante un acto expreso, cabe concluir que computado dicho plazo de fecha a fecha, según se infiere del art. 5.1 CC, de general aplicación, completando la regulación específica de la Ley PAC 30/1992, y aún iniciando el cómputo el día siguiente al de la notificación, según exige el art. 48.2 de la Ley últimamente citada, el recurso de alzada aparecía interpuesto fuera del plazo legal, según la jurisprudencia constante, cuya reiteración excusa su cita particularizada, acerca de que el cómputo de los plazos señalados por meses, si se trata de un plazo procesal para interponer el recurso contencioso-administrativo, si bien se inicia el día siguiente al de la notificación del acto expreso, no culmina el día de la misma fecha que el del inicio del cómputo, sino el inmediatamente anterior, y ello para que aparezca respetada la regla del cómputo de fecha a fecha. De ahí que, en definitiva el día final para la interposición del contencioso, será el que corresponda en número al de la notificación. Es decir, y en el caso que se resuelve el 13 de marzo de 2004. Doctrina jurisprudencial que no se ve razón para que no sea aplicable a los plazos para interponer recursos administrativos, dada la dicción literal del art. 48.2 de la Ley PAC, que viene prácticamente a coincidir con la del vigente art. 46.1 de la Ley de esta Jurisdicción...”. Véase igualmente, la **STS de 17 de enero de 2011, recurso de casación 5569/2006**, y las que en ella se citan.*

No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque de forma minoritaria, el Tribunal Supremo también se había apartado en ocasiones, y de forma excepcional, de la doctrina tradicional sobre el cómputo de los plazos de fecha a fecha y había aceptado que el cómputo de los plazos finaliza el día cuyo ordinal coincide con el día siguiente al de la

4º) Declaración de los sábados como días inhábiles (artículo 30.2)

Se dispone que cuando los plazos se señalen por días, y siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, se entenderá que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo no solamente los domingos y los declarados festivos, como hasta ahora, sino también, y esta es la novedad principal, los sábados, unificando así el cómputo de los plazos con el ámbito procesal.⁷⁰

Esta modificación es sumamente positiva pues la dualidad de cómputo de plazos administrativos y procesales ha provocado verdaderas controversias jurídicas en su momento (por ejemplo, cómo debía realizarse el cómputo de los días en las reclamaciones previas a la vía social, que, por cierto con la reforma que se

notificación del acto (cfr. **STS de 24 de junio de 2011, casación núm. 2.899/2007, FD 2.º y 3.º**). Igualmente en el ámbito judicial de Castilla-La Mancha se había producido alguna interpretación jurídica contraria del cómputo de fecha a fecha efectuada por la doctrina mayoritaria del T.S, en forma de votos particulares (así, por ejemplo los formulados por el Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha, Excmo. Sr. Don Jaime Lozano Ibáñez; por todos, el voto discrepante a la **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha, sección segunda, n.º 10.103/2011, de 28 de marzo**).

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la **STC n.º 209/2013, de 16 de diciembre**, publicada en el BOE del día 17 de enero de 2014, considera a este respecto que la forma de realizar el cómputo de los plazos de fecha a fecha es una cuestión de legalidad ordinaria y que la interpretación jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo (el plazo vence el día cuyo ordinal coincida con la notificación del acto) no puede considerarse que sea *“manifiestamente irrazonable o arbitraria, incurra en error patente o asuma un criterio hermenéutico contrario a la efectividad del derecho a la tutela judicial”* (FJ 4.º).

⁷⁰ El artículo 130.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil señala que: *“Son días inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, y los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto”*.

introduce desaparece)⁷¹ , y mucha confusión en los interesados que les llevaba a realizar un cómputo erróneo que podía llegar a tener como consecuencia jurídica la extemporaneidad de los escritos o recursos administrativos presentados.

Además, se clarifica la exigencia de que para fijar los plazos por días naturales es necesario que hubiera sido así declarado por una ley o por el Derecho de la Unión Europea⁷² .

5º) Cómputo de plazos en los registros electrónicos (artículo 31)

A efectos de cómputo de los plazos, el registro electrónico de cada Administración u Organismo se registrará por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que permitirá la presentación de documentos todos los días del año durante las veinticuatro horas.

Se determina, a los efectos del cómputo de plazo fijado en días hábiles, y en lo que se refiere al cumplimiento de plazos por los interesados, que la presentación en un día inhábil se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente salvo que una norma permita expresamente la recepción en día inhábil.

Por su parte, el inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir las Administraciones Públicas vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el registro electrónico de cada Administración u Organismo, y en todo caso, esta fecha y hora efectiva de inicio del cómputo de plazos deberá ser comunicada a quien presentó el documento.

⁷¹ Disposición final tercera. Modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social de la LPACAP.

⁷² En el texto de la LPACAP se cambia la nomenclatura de “*normativa comunitaria europea*”, utilizada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por “*Derecho de la Unión Europea*”.

Finalmente, indicar que la sede electrónica del registro de cada Administración Pública u Organismo, determinará, los días que se considerarán inhábiles a los efectos del cómputo de los plazos en los registros electrónicos.

6º) Se especifica el órgano encargado de efectuar la notificación a los interesados (artículo 40.1)

En la LPACAP se dispone que la notificación se debe realizar por el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos, en contraste con la ambigüedad del artículo 58 de la vigente Ley que declara que “se notificarán a los interesados...”, y el artículo 59.1 que señala que “las notificaciones se practicarán...”, por lo que la reforma introducida aporta una mayor claridad y técnica legislativa en relación al anterior texto normativo.

7º) Mención expresa a la normativa de protección de datos personales (artículo 40.5)

Se contiene una advertencia en la propia norma para salvaguardar la protección de datos personales de los interesados al indicar que las Administraciones Públicas podrán adoptar las medidas que consideren necesarias para la protección de los datos personales que consten en las resoluciones y actos administrativos, cuando éstos tengan por destinatarios a más de un interesado⁷³.

Esta referencia, que se contempla con carácter facultativo, es probable que en un futuro próximo para las Administraciones Públicas se convierta en esencial y deban establecerse protocolos de actuación en materia de protección de datos personales puesto que en la propuesta del Reglamento de Protección de Datos Europeos, y a diferencia de lo que acontece en la actualidad, se prevé la

⁷³ En el ámbito nacional la normativa de referencia está constituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; y por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

posibilidad de imponer sanciones pecuniarias a las Administraciones Públicas por vulneración de la normativa en materia de protección de datos⁷⁴.

También se contiene una prevención general para la protección genérica de los derechos e intereses legítimos en los supuestos específicos de notificaciones y publicaciones en el artículo 46.⁷⁵

8º) Práctica preferente de la notificación por medios electrónicos (artículo 41.1)

La previsión que se contiene en la LPACAP resulta de gran trascendencia práctica puesto que la notificación electrónica, hasta el momento residual, va a convertirse en el medio normal o habitual de comunicación con los interesados, siendo previsible que con el tiempo se termine eliminando definitiva y finalmente la notificación a papel incluso en los supuestos que todavía se contemplan en la normativa que entrará en vigor, principalmente personas físicas, si se atiende al uso que se puede dar a la excepción que incluso para estas ya se contempla en el artículo 14.3 LPACAP ya citado.

Este cambio va a suponer un indudable ahorro económico para la Administraciones, una mayor simplicidad, agilidad y celeridad en la tramitación del procedimiento administrativo, que ayudará a mitigar uno de los grandes

⁷⁴ Precisamente, el 18 de diciembre de 2015, el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) ha confirmado los textos transaccionales acordados con el Parlamento Europeo sobre la reforma de la protección de datos (el Consejo, el Parlamento y la Comisión alcanzaron el acuerdo el 15 de diciembre, y en una reunión extraordinaria, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (LIBE) aprobó los textos acordados en los diálogos tripartitos el 17 de diciembre) que se presentarán para su adopción por el Consejo y, posteriormente, por el Parlamento, por lo que el Reglamento y la Directiva entrarán en vigor, previsiblemente, en la primavera de 2018.

⁷⁵ El artículo 46 LPACAP señala que: *“Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el Diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento.”*

escollos o males del instructor/a de cualquier procedimiento administrativo que es, sin duda la práctica de la notificación administrativa, cuya dificultar o demora en realizarse puede generar en los supuestos más extremos la caducidad en los procedimientos sancionadores o disciplinarios, y condicionar el sentido del silencio en los procedimientos administrativos.

La LPACAP contempla ahora que las notificaciones se practiquen preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía⁷⁶.

⁷⁶ El artículo 14.2 y 3 LPACAP enumera los interesados obligados a recibir comunicaciones por vía electrónica, y así al menos:

a) Las personas jurídicas.

b) Las entidades sin personalidad jurídica.

c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.

d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.

e) Los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

3.Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios."

No obstante lo anterior, se prevé que, excepcionalmente, las Administraciones puedan practicar las notificaciones por medios no electrónicos en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento.
- b) Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante.

9º) Reconocimiento expreso de la posibilidad de practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración (artículo 41.1 b)

Para asegurar la eficacia de la actuación administrativa, y como excepción a la práctica de las notificaciones por medios electrónicos, se contempla la posibilidad de practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración. Esta opción, realizada con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la LPACAP y la jurisprudencia, puede resultar muy práctica y económica para la Administración como alternativa al prestador de servicio universal previsto en la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, aunque no exenta de ciertos riesgos jurídicos que podrían haber sido solventados por el legislador⁷⁷.

A mi modo de ver, y ya que supone de facto equiparar al personal del servicio postal universal con los empleados públicos de la Administración, debiera haberse incluido una redacción similar a la establecido para aquellos en el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal. Así, véase la contundencia jurídica del valor probatorio, auténtico blindaje jurídico, que se otorga a estos trabajadores en el

⁷⁷ La opción de utilizar a empleados públicos de cada Administración para la práctica de la notificación ya fue abordada y anticipada en la obra de Quereda Tapia, A. (Director) y otros, *“Manual Práctico del instructor de los procedimientos sancionadores administrativo disciplinarios*, Lex Nova-Thomson Reuters, Madrid, 2013.

ejercicio de esta función notificadora, al disponer su articulado que: “La actuación del operador designado gozará de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos, y sin perjuicio de la aplicación, a los distintos supuestos de notificación, de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

Asimismo, existe una evidente falta de concordancia entre el término utilizado en el artículo 41.1 b), “empleado público”, y la garantía que se establece en el artículo 77.5 LPACAP para los hechos constatados por “funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad”.⁷⁸

Por tanto, tal y como está redactada la LPACAP, los empleados públicos, en el ejercicio de esta función notificadora asignada no tendrían una garantía y presunción de veracidad reforzada a semejanza de los trabajadores de la operadora del servicio postal universal designado, lo que resulta ilógico y puede ser cuestionado por los interesados ante los órganos judiciales; y por otro lado, únicamente los funcionarios públicos con condición de autoridad ostentarían una cierta presunción, que a estos efectos se podría cuestionar que fuera semejante, y, en todo caso, excluiría al resto de empleados públicos que no gocen de esa condición (personal laboral, eventual...).

⁷⁸ El artículo 8 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 señala que:

“1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

2. Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera*
- b) Funcionarios interinos*
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal*
- d) Personal eventual”*

Al margen de la reforma legislativa propuesta, anteriormente apuntada, debiera explorarse por las Comunidades Autónomas introducir en sus legislaciones de desarrollo en materia de personal garantías para reforzar esta función por parte de los empleados públicos, en principio funcionarios públicos a tenor de la redacción de la LPACAP, asignándose expresamente esta función notificadora, atribuyendo la condición de autoridad a estos efectos, y tratando de fortalecer el ejercicio de estas funciones con fórmulas semejantes a las establecidas en el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

10º) El aviso a los interesados de la puesta a disposición de la notificación (artículo 41.1 y 6)

Novedad que resulta muy interesante para garantizar el conocimiento de la notificación de una resolución administrativa es la previsión de que voluntariamente los interesados puedan identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico que sirva para que las Administraciones Públicas envíen un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única.

La propia LPACAP se encarga en su articulado de diferenciar este aviso de la notificación, propiamente dicha, diferenciando los efectos jurídicos que se derivan de ambas actuaciones, puesto que este aviso no sirve como notificación administrativa, ni la sustituye, e igualmente se indica que la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.

En definitiva, el aviso se configura como un mecanismo voluntario para los interesados, que no afecta o incide en la validez o eficacia de la práctica de la notificación, y cuya principal función es facilitar a los interesados una herramienta útil que les permita tener conocimiento de la puesta a disposición de una notificación de la Administración, lo que resulta, sin duda, muy importante en todos aquellos supuestos en los que se haya producido la notificación electrónica

teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas negativas que se derivan cuando no se haya accedido a su contenido⁷⁹.

11º) Regulación del lugar en el que practicar la notificación administrativa en los procedimientos iniciados de oficio (artículo 41.4)

En la regulación contenida actualmente en el artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁸⁰ únicamente se contempla la práctica de la notificación en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado sin que se contenga ninguna referencia específica a los supuestos de procedimientos iniciados de oficio, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito tributario que regula expresamente ambos supuestos⁸¹.

⁷⁹ El artículo 43.2 LPACAP señala que: *“Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido. Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.”*

⁸⁰ El artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que: *“En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo”.*

⁸¹ El artículo 110 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria declara que: *“1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar señalado a tal efecto por el obligado tributario o su representante o, en su defecto, en el domicilio fiscal de uno u otro. 2. En los procedimientos iniciados de oficio, la notificación podrá practicarse en el domicilio fiscal del obligado tributario o su representante, en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad económica o en cualquier otro adecuado a tal fin.”*

Así, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud, añadiendo que cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, planteamiento que esencialmente se mantiene en el artículo 41.3 LPACAP.

No obstante, el problema jurídico que se estaba planteando ahora, a consecuencia de algún pronunciamiento del Tribunal Supremo, era si ante esta ausencia de regulación, en el supuesto de procedimientos iniciados de oficio sería posible que el particular dispusiera voluntariamente de la designación del lugar o medio a efectos de notificaciones, del mismo modo que en los procedimientos iniciados a instancia de parte. Pues bien, aunque la respuesta mayoritaria sería que ello no era posible, por la propia literalidad del artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el año 2013 se dictó una sentencia judicial por el Tribunal Supremo⁸² que interpretó que la indicación de un domicilio o lugar para la práctica de las notificaciones por el particular vincularía a la Administración no solamente en los procedimientos iniciados a instancia de parte, sino también de oficio, lo que, sin perjuicio de ser un pronunciamiento judicial particular, no deja de generar cierta inseguridad jurídica.

⁸² En la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 2013 (rec.2511/2013)** se declara que: *“La anterior conclusión no resulta impedida por el razonamiento adicional que refiere la Sala de instancia en el sentido de que el deslinde es un procedimiento de oficio y que la notificación se realizó al vicepresidente de la Comunidad y en el domicilio de la misma, pues, sin duda, el señalamiento por los interesados de domicilio donde desean ser notificados es independiente de la forma en que el procedimiento se inicia, de oficio o a instancia de parte, siendo un derecho de los interesados en el procedimiento- también ejercitable en los procedimientos incoados de oficio- y, desde luego, la designación de representante con todas garantías legales y de un domicilio específico para notificaciones, impide la validez de las notificaciones efectuadas sin tener en cuenta tales designaciones, que se convertirían así en inoperantes, pues una interpretación contraria vaciaría de contenido tanto la posibilidad de designar representantes (ex artículo 32 de la LRJPA) como la de designar domicilio a efectos de notificaciones.”*

Pues bien, esta carencia o ambigüedad omisiva que se deriva del artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es resuelta en la LPACAP, cuyo artículo 41.4 señala ahora que en los procedimientos iniciados de oficio, a los solos efectos de su iniciación, las Administraciones Públicas podrán recabar, mediante consulta a las bases de datos del Instituto Nacional de Estadística, los datos sobre el domicilio del interesado recogidos en el Padrón Municipal, remitidos por las Entidades Locales en aplicación de lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Por tanto, no solamente se suple la problemática jurídica que comenzaba a generar la carencia de regulación expresa de este supuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino que además otorga mayor seguridad jurídica a las Administraciones al fijar el domicilio que conste en el Padrón Municipal como domicilio indiciario en los procedimientos iniciados de oficio, sin perjuicio de las averiguaciones que puedan realizarse para comprobar que realmente es el domicilio efectivo del interesado, y que, como expresamente se indica, se limita a los solos efectos de su iniciación.

12º) Validez de la entrega de la notificación en el domicilio del interesado ausente: mayores de 14 años (artículo 42.2)

En la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando la notificación se practica en el domicilio del interesado, y éste no se halle presente en el momento de entregarse la notificación, se indicaba, de forma genérica, que podría hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encontrase en el domicilio e hiciera constar su identidad, lo que ha generado no pocos problemas jurídicos sobre la eficacia de la notificación en determinados supuestos (recepción de notificaciones por empleados/as domésticos/as, empleados/as de empresas, personas unidas por vínculo familiar...), fundamentalmente en relación con la edad del receptor, esto es, con la necesidad o no de que fueran mayores de edad (por ejemplo, hijos/as menores receptores de la notificación en ausencia de sus

padres), que ha sido resuelto de forma casuística por la jurisprudencia, muchas veces de forma contradictoria.

Ahora, en la LPACAP se especifica que podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona “mayor de catorce años” que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad (artículo 42.2).

13º) Cambio en la forma de practicar los intentos de notificación en papel en casos de notificación infructuosa (artículo 42.2)

Por una parte, la LPACAPA mantiene el texto del artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el sentido que si nadie puede hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta⁸³ dentro de los tres días siguientes.

No obstante, introduce una novedad temporal importante en la práctica de los dos intentos de notificación, en la línea jurídica que ya había sido interpretado en algún pronunciamiento judicial del propio Tribunal Supremo⁸⁴, al exigir que en el

⁸³ En la **Sentencia TS, Sala Tercera, (Sección 5.ª) de 28 octubre 2004, rec. 70/2003**, se fija la siguiente doctrina legal: *“a efecto de dar cumplimiento al artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la expresión “en una hora distinta” determina la validez de cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación”*.

⁸⁴ En la **Sentencias TS, Sala Tercera (Sección 4ª) de 10 noviembre de 2004, rec. 4/2003** se declaraba que: *“Pero es que además esta Sala, estima, adecuada la doctrina de la Sala de Instancia, pues de un lado, tratándose cual se trata de interpretar una norma que regula el régimen de las notificaciones, su aplicación ha de tratar de posibilitar, que se consiga el fin de la notificación, que esta llegue al interesado, y si un día no estaba en el domicilio en las primeras horas de la mañana se ha posibilitar, que la segunda notificación sea en franja horaria distinta, por ejemplo, al final de la mañana, y de otro, porque esa interpretación la exige en parte la norma, cuando dice, dentro de los tres días y en hora distinta, pues, si al Legislador le hubiese dado igual el horario concreto, debía haberse limitado a decir, que la*

caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación (artículo 42.2).

En definitiva, se aclara qué debe entenderse por “hora distinta”, que medien tres horas entre los intentos de notificación, lo que, sin duda, aporta seguridad jurídica despejando las dudas que planteaba la norma vigente, lo que había obligado a que fuera suplido por la jurisprudencia.

Finalmente, en el caso de que el segundo intento también resultara infructuoso, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado”, (se procederá de esta manera igualmente cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos o se ignore el lugar de la notificación)⁸⁵.

segunda notificación se practicará en el día siguiente o en el otro, y no dice eso, sino que dice, dentro de los tres días en hora distinta, y hora distinta a los efectos de la notificación, no es 9,30 cuando la anterior se había realizado a las 10, aunque ciertamente las nueve y las diez sean horas distintas según el Diccionario, pues ese horas distintas, se ha de entender a los efectos de la notificación, las que se practican en distintas franjas horarias, como pueden ser, mañana, tarde, primeras horas de la mañana o de la tarde.”

⁸⁵ Véase que la Disposición adicional tercera, relativa a la notificación por medio de anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, señala que:

“1.El «Boletín Oficial del Estado» pondrá a disposición de las diversas Administraciones Públicas, un sistema automatizado de remisión y gestión telemática para la publicación de los anuncios de notificación en el mismo previstos en el artículo 44 de esta Ley y en esta disposición adicional. Dicho sistema, que cumplirá con lo establecido en esta Ley, y su normativa de desarrollo, garantizará la celeridad de la publicación, su correcta y fiel inserción, así como la identificación del órgano remitente.

2. En aquellos procedimientos administrativos que cuenten con normativa específica, de concurrir los supuestos previstos en el artículo 44 de esta Ley, la práctica de la notificación se hará, en todo caso, mediante un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de que previamente y con carácter facultativo pueda realizarse en la forma prevista por dicha normativa específica.

Se prevé que, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Asimismo, las Administraciones Públicas pueden establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que, en todo caso, no excluye la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el “Boletín Oficial del Estado” (artículo 44)⁸⁶.

En todo caso, la reforma operada por la LPACAPA en la práctica de la notificación a papel ha dejado pasar, a mi modo de ver, una buena oportunidad para solventar una cuestión jurídica controvertida y conflictiva en relación con el artículo 40.4 (que mantiene idéntica redacción que la fijada en el artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), en cuanto a cómo debe entenderse la expresión “*intento de notificación debidamente acreditado*”⁸⁷ que

3. La publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de los anuncios a que se refieren los dos párrafos anteriores se efectuará sin contraprestación económica alguna por parte de quienes la hayan solicitado”

⁸⁶ El artículo 44 LPACAPA mantiene la redacción del apartado 5 del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que fue introducido por el número uno del artículo 25 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (B.O.E. 17 septiembre de 2014), que entró en vigor 1 de junio de 2015, y que, como principal novedad, excluye la publicación preceptiva, que se convierte ahora en facultativa, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada, y del correspondiente anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia.

⁸⁷ El precepto en cuestión señala que “*Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado*”.

emplea el citado precepto legal, que está referido al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contemplada en el artículo 42.2, pero sin que aclare si ello se cumple con el primer intento, o es necesario que sea culminado con el primer y el segundo intento.

El supuesto práctico en donde se puede entender la problemática jurídica a la que nos estamos refiriendo es aquel en que en un procedimiento de oficio, el primer intento de notificación se haya realizado dentro del plazo de caducidad, pero no así el segundo intento de notificación, que es lo que se planteó y que fue resuelto en la sentencia n.º 499 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sección segunda, de fecha 1 de septiembre de 2014 (rec. 664/2010).

En el fundamento de derecho segundo se concluye que: “Ahora bien, la anterior reflexión no puede impedir la caducidad, a la vista de que a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley número 128/2002, con la matización introducida por la sentencia de 3 de diciembre de 2013, recurso 557/2011⁸⁸, debe entenderse que el "intento de notificación" a que se refiere el art. 58.4 equivale al intento completo conforme al art. 59, esto es, el "intento doble" en día y hora distinto, a

⁸⁸ Véase la **Sentencia de 3 de diciembre de 2013, de la Sala Tercera en Pleno**, por la que se anula el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2011, resolutorio del recurso de reposición deducido frente al de 13 de octubre de 2006, y se rectifica la doctrina legal declarada en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la ley número 128/2002 (BOE de 10 de enero de 2014) se declara que: *“Rectificamos la doctrina legal declarada en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley número 128/2002, en el sentido, y sólo en él, de sustituir la frase de su párrafo segundo que dice «[...] el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación [...]», por esta otra: «el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo»”*

que alude su párrafo segundo in fine. Así deriva con claridad de la sentencia mencionada cuando señala: "En cuanto a cómo debe entenderse la expresión "intento de notificación debidamente acreditado" que emplea el referido precepto legal, es claro que con tal expresión la Ley se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículos 59.1 de la Ley 30/1992 pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. Intento tras el cual habrá de procederse en la forma prevista en el apartado 4 del artículo 59 de la citada Ley". Pese a la matización de la sentencia de 2013, lo cierto es que si el intento de notificación es aquél tras el cual "habrá que proceder en la forma prevista en el art. 59.4" (es decir, que habrá que proceder a la publicación de los edictos en boletín, según la redacción de la norma a que se refiere el Tribunal Supremo) sólo cabe entender que hay que haber consumado el doble intento, pues en otro caso no cabe aún pasar a la notificación edictal. En suma, procede estimar la caducidad y anular la resolución impugnada, sin que se aprecien motivos para la imposición de costas".

No obstante, para ilustrar el debate jurídico no resuelto respecto a este asunto cabe citar el voto particular que formula el magistrado D. Jaime Lozano Ibáñez, al que se adhiere el magistrado D. Ricardo Estévez Goytre, que consideran que: *"Con el debido respeto respecto del parecer de la mayoría, creo que no debió de ser apreciada la caducidad. A mi juicio, si hay un intento de notificación (aún no doble) dentro del plazo de duración del procedimiento, y otro (eficaz) fuera, nos hallamos propiamente en el caso que el legislador quiso regular en el art. 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre al modificarlo mediante la Ley 4/1999. No desconozco el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley. Ahora bien, a mi juicio en esta sentencia el Tribunal Supremo no se plantea específicamente la cuestión de que el plazo del procedimiento se cumpla precisamente entre el primer y el segundo intento, sino que únicamente se ocupa de aclarar (correctamente desde luego) que "intento de notificación" no incluye la publicación en boletines (pues ello es una notificación plena, no un intento de notificación). La sentencia de 3 de diciembre de 2013 demuestra que en la primera sentencia el Tribunal Supremo no prestó atención, en realidad, más que a la cuestión de si la publicación en boletín de los edictos debía incluirse en el concepto*

de "intento de notificación", pero no al matiz de si el intento es único o debe incluir los dos; y lo demuestra porque cuando se planteó como decisiva (no lo era en el caso de 2003) la diferencia temporal entre el intento de notificación y la recepción por la Administración del documento de acuse de recibo, aclara que ese último momento no era esencial en su doctrina. Del mismo modo a mi juicio si se plantease al Tribunal Supremo que el plazo entre el primer y el segundo intento resulta decisivo (como sucede en el caso de autos), creo que aclararía que no era decisivo, y ello por la sencilla razón de que "un intento", que es lo que exige el art. 58.4, es, justamente, "un intento", y no "dos intentos", que es lo que deriva de la interpretación que la mayoría acoge."

En definitiva, se trata de una cuestión jurídica no resuelta definitivamente por la jurisprudencia⁸⁹, y que podría haberse solventado por el legislador con una redacción más clara.

14º) Práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos (artículo 43)

⁸⁹ Por el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se interpuso contra la expresada sentencia de la Sala de este orden jurisdiccional de Castilla-La Mancha un recurso de casación en interés de la Ley, en el que se pretendía del Tribunal Supremo una sentencia que fijara la doctrina legal en los siguientes términos:

"En aplicación del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 modificada por la Ley 4/1999, en los casos en que se practique la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo y se produzca un intento de notificación con todos los requisitos y garantías legales, que finalmente resulte infructuoso, seguido de la notificación personal practicada con éxito en una fecha posterior al término de la caducidad, debe entenderse que la duración del procedimiento acaba en la fecha del primer intento de notificación que figura en el correspondiente aviso de recibo, a los efectos de considerar cumplida la obligación de notificar la resolución dentro del plazo legal de duración máxima del procedimiento".

No obstante, por **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2015, sección 5ª, rec.3186/2014**, se inadmitió el recurso de casación en interés de ley, quedando la cuestión jurídica sin ser resuelta de forma concluyente.

Se mantiene, en esencia, las reglas establecidas en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Público, norma que será derogada cuando entre en vigor la LPACAPA, conforme se dispone en su disposición derogatoria única, segunda, apartado b, en el sentido que las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido, y que cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.

Ahora bien, se aprecia un importante cambio normativo en los principios inspiradores de ambas normas, a mi modo de ver, ahora menos garantista para los interesados, puesto que se han eliminado varias referencias que trataban de equilibrar la carga probatoria en las notificaciones electrónicas, y así desaparecen las fórmulas que exigían a la Administración la acreditación de la puesta a disposición (“cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición”) y que permitían excepcionar el rechazo por los interesados por causas ajenas a ellos (“salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso”).

En efecto, como se puso de manifiesto por Agustí Cerrillo i Martínez, Catedrático de Derecho administrativo de la Universitat Oberta de Catalunya, en la ficha de trabajo de bloque de la Comisión de Expertos para la Reforma de la Administración electrónica Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, celebrada el 4 de mayo de 2015: *“La regulación vigente de la administración electrónica no incluye ningún precepto que permita dar una respuesta clara y, por lo tanto, seguridad jurídica, a los problemas que puedan surgir a los ciudadanos cuando los medios electrónicos fallan. Es frecuente que cuando se utilizan los medios electrónicos en las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas surjan problemas en el uso de los certificados de firma electrónica, en la compatibilidad de los navegadores, en la actualización de las aplicaciones utilizadas (por ejemplo, java) o en el uso de antivirus. Otros problemas pueden tener su origen en la propia administración pública, por ejemplo, cuando cae un servidor. Además de la dificultad de su solución, estos problemas tienen una difícil*

prueba por parte de los ciudadanos. Para dar respuesta a este problema y en última instancia trasladar al ciudadano mayor confianza en el uso de los medios electrónicos, el anteproyecto debería incorporar una regulación específica para dar respuesta para estas situaciones que se dan en la mayoría de casos de manera imprevista. En este sentido, se podría incluir una cláusula como la que incluía el artículo 36 Decreto 56/2009, de 7 de abril, para el impulso y el desarrollo de los medios electrónicos en la Administración de la Generalitat, “en el supuesto de interrupción no planificada en el funcionamiento del registro electrónico, y siempre que sea posible, la persona usuaria que acceda ha de visualizar un mensaje en que se comunique esta circunstancia y que ha de servir como constancia documental para la presentación de la solicitud, escrito o comunicación”.

Desde un punto de vista jurídico-procesal parece que por el legislador se parte de la premisa absoluta de la infalibilidad del funcionamiento de la Administración electrónica, al no preverse ninguna incidencia ajena al interesado, provocando, desde mi punto de vista, un desequilibrio excesivo en el ejercicio de la carga probatoria, puesto que ante un problema técnico que pueda generarse en las comunicaciones electrónicas ajenas al interesado e imputables a la Administración, la carga probatoria correspondería en su totalidad al interesado, y a través de medios de prueba gravosos y con una dificultad probatoria cierta (por ejemplo una pericial informática). No obstante, se considera que, muy probablemente, la jurisprudencia terminará limitando y condicionando esta distribución de la carga probatoria importando al procedimiento administrativo, principios propios como el de la facilidad probatoria⁹⁰.

⁹⁰ Para el CGPJ en el informe sobre el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de fecha 5 de marzo de 2015: “Esta previsión parte de la presunción de disponibilidad por el destinatario del contenido del acto que se quiere notificar, y de las consecuencias que deben anudarse a su inactividad; lo cual es perfectamente razonable en el marco del funcionamiento de la administración electrónica y desde el punto de vista de la distribución de cargas inherente a este sistema de relacionarse. Sin embargo, para que esta distribución de cargas sea proporcional, y para que aquella presunción cobre verdadera virtualidad, es preciso que la Administración disponga entre sus medios técnicos de mecanismos que garanticen la recepción por el destinatario del aviso de disponibilidad de la notificación electrónica, y, en

3. CONCLUSIONES

La reforma introducida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de Octubre de 2015) en el régimen de las notificaciones administrativas presenta aspectos muy positivos, especialmente para la propia Administración Pública, al potenciar la notificación electrónica lo que implicará, sin duda, una mayor agilidad, simplificación en la tramitación administrativa, y un considerable ahorro económico.

Desde un punto de vista jurídico da respuesta a cuestiones controvertidas que generaban conflictividad con la actual Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (validez de la entrega de la notificación en el domicilio del interesado ausente en el caso de mayores de 14 años, regulación del lugar en el que practicar la notificación administrativa en los procedimientos iniciados de oficio, reconocimiento normativo expreso del criterio para el cómputo final de plazos fijado por la jurisprudencia, unificación de los plazos administrativos y judiciales...), aunque también se ha perdido una buena oportunidad para solventar otras cuestiones jurídicas de interés, como la referente a cómo debe entenderse la expresión "intento de notificación debidamente acreditado" del artículo 40.4, que mantiene idéntica redacción que la fijada en el artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

También innova acertadamente, a mi modo de ver, introduciendo aspectos muy prácticos y útiles en el procedimiento administrativo como el reconocimiento expreso de la posibilidad de practicar la notificación por entrega directa de un

consecuencia, que realmente ha tenido a su disposición la notificación por medios electrónicos, para que pueda operar la notificación ficticia prevista en el artículo 57.2 del texto proyectado".

empleado público de la Administración, o el aviso a los interesados de la puesta a disposición de la notificación.

Quizá el aspecto más cuestionable sea el cambio normativo en los principios inspiradores en las comunicaciones por medios telemáticos entre la Administración y los interesados ahora menos garantista para estos últimos, que puede generar un desequilibrio desproporcionado en la carga probatoria de las notificaciones electrónicas.

En todo caso, lo que está claro es que la próxima entrada en vigor de esta importante norma abrirá un nuevo capítulo en el derecho administrativo en España, iniciando una etapa de interesante debate jurídico para todos los operadores jurídicos y administrativistas en particular.

BIBLIOGRAFÍA

- Cobo Olvera, T.: “La notificación de los actos administrativos y disposiciones generales (cuestiones prácticas)”, editorial Fundación Asesores Locales, 2015.
- Fernández Fernández, J.J y Castillo Vázquez, I.C.: “Manual de las notificaciones administrativas”, editorial S.L Cívitas Ediciones (segunda edición), Pamplona, 2004.
- Isaac Martín Delgado, I.: “Las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo”, editorial Tirant Lo Blanch, 2009.
- Rodríguez Carbajo, J.R. : “El cómputo de plazos de fecha a fecha: un triste desenlace”, Diario La Ley, nº 8250, sección columna, 13 feb. 2014, año XXXV, editorial La Ley, 2014.
- Querada Tapia, A. (Director), y otros. : “Manual Práctico del instructor de los procedimientos sancionadores administrativo y disciplinarios”, editorial Lex Nova-Thomson Reuters, Madrid, 2013.

"LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, Y LA NECESARIA APLICACIÓN DE OTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA"

ROBERTO MAYOR GÓMEZ

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: Diciembre 2015

ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: NOVEDADES**
- 3. LA NECESARIA APLICACIÓN DE OTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA**
- 4. CONCLUSIONES**

1.- INTRODUCCIÓN

La regulación penal de los "*Delitos contra la Administración Pública*" está contenida en el título XIX del libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, concretamente en los artículos 404 a 445 de dicho texto legal que ha sido modificado en distintas ocasiones en los últimos años (LO 15/2003, de 25 de noviembre; LO 5/2010, de 22 de junio...), aunque, sin duda, una de las reformas más importantes y profundas es la que se ha producido con la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial del Estado núm.77, de 31 de marzo de 2015) que entró en vigor el pasado 1 de julio de 2015.

Hay que partir de la base, en todo caso, que no todos los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos se contienen en el mencionado título XIX, sino que en el Código Penal se contemplan otros preceptos, en otros títulos, cuyos sujetos activos pueden ser también los funcionarios públicos (por ejemplo, los artículos 174,175,198,204 del Código Penal...).

La regla general de los tipos penales que se contienen en los delitos contra la Administración Pública es que los sujetos activos de estos delitos son las autoridades o funcionarios públicos lo que implica, con carácter previo, la necesidad de tener que acudir a la definición que en el ámbito penal se contiene en el artículo 24 del Código Penal ya que, respecto de los funcionarios públicos, implica un concepto propio, diferente y más amplio que el utilizado en el ámbito del derecho administrativo en los artículos 8 y 9 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 Público⁹¹.

(91) El artículo 24 del Código Penal señala que: "*1.A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.2. Se considerará funcionario*

El concepto de funcionario público que se ha configurado en el ámbito del derecho penal por la jurisprudencia no exige la incorporación ni permanencia, sino la participación en el ejercicio de funciones públicas, por lo que se incluyen dentro del concepto de funcionario público, a efectos penales, al personal contratado en régimen laboral cuando participe de forma efectiva en el ejercicio de funciones públicas, y los denominados funcionarios de hecho, esto es, los nombrados por autoridad competente pero sin reunir aquellos los requisitos que exige el cargo⁹².

público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas."

(92) En cuanto a la definición, requisitos y extensión del concepto funcionario público a efectos penales se reproduce, a título de ejemplo, la **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 2003, rec. 2625/2001**, en donde se declara que: *"Tal y como viene entendiendo la doctrina de esta sala se trata de un concepto propio del Derecho Penal, independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, porque lo que aquí importa es proteger de modo eficaz la función pública así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar. Se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que concurran los dos requisitos que se deducen del propio texto de tal precepto:*

1º. Participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del estado, entidades locales y comunidades autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

2º. Ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas en el propio art. 24.2 CP por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. Véanse las sentencias de esta sala, entre otras muchas, de 12.6.90, 5.2.93, 11.10.93, 13.6.95, 30.12.96, 19.5.98, 5.6.98, 10.7.2000 y 27.2.2001.

Desde luego, no es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral. Este funcionario público puede ser designado por la vía de un acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para ello, en el caso presente el

También debe tenerse en cuenta que los hechos delictivos previstos en algunos de los tipos penales en los delitos contra la Administración Pública del título XIX del Código Penal pueden ser cometidos por los funcionarios públicos no solamente de forma individual, sino como integrantes de un órgano colegiado (corporaciones municipales, tribunales de oposición, jurados regionales o provinciales de valoraciones...)⁹³. Por otra parte, de conformidad con el artículo 31 quinquies del Código Penal (introducido por el número veintitrés del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), se excluye de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas,

director-gerente de ese Fondo de Promoción de Empleo del Sector de Aceros Especiales, incluso con sometimiento de la relación jurídica correspondiente al Derecho Laboral[...] Varias de las sentencias de esta sala antes referidas, concretamente las de 12.6.90, 11.10.93, 5.6.98 y 27.2.2001, se refieren a casos de contratados laborales que fueron considerados funcionarios públicos a estos efectos penales.”

En el mismo sentido del ya expuesto en la resolución judicial transcrita se pronuncian, entre otras, las siguientes: **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 2003, rec. 333/2003; Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2005, rec. 663/2005; Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 2007, rec. 759/2007; o Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2015, rec. 1996/2014.**

(93) Véase, por ejemplo, que en el ámbito local el artículo 78.1 y 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local declara que: “1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable. 2. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente”.

estableciéndose no obstante una excepción con las sociedades mercantiles públicas en determinados supuestos⁹⁴.

En cualquier caso, no todos los tipos delictivos contenidos en el título XIX del Código Penal están referidos a las autoridades o funcionarios públicos sino que también prevén la participación de particulares (por ejemplo, en los artículos 406, 414.2, 416, 418, 424, 425, y 429 del Código Penal), otros sujetos asimilados a los funcionarios que participen en el ejercicio de la función pública como jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales (artículos 423, 427, 435, y 440 del Código Penal); e incluso cabe la posibilidad de la comisión por personas jurídicas (artículo 427 bis y 430 del Código Penal, en relación con el delito de cohecho y el delito de tráfico de influencias respectivamente).

2.- LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: NOVEDADES

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial del Estado núm.77, de 31 de marzo de 2015), que entró en vigor el 1 de julio de 2015, ha introducido profundas modificaciones en la regulación contenida en el Código Penal que inciden directamente en ámbito de la Administración Pública y que, principalmente, suponen una agravación generalizada de las penas que pueden ser impuestas en los delitos cometidos por los funcionarios públicos, y así en el

(94) El artículo 31 quinquies, apartado segundo, del Código Penal señala que: *“En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”*.

propio preámbulo de la norma ya se advierte que se ha reforzado la punición de los delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública.

De forma sistemática, las principales novedades que introduce la reforma en el Código penal son las siguientes:

1º) AMPLIACIÓN DE LOS SUJETOS ACTIVOS, DENTRO DE LOS PARTICULARES ASIMILADOS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS, Y NUEVO CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO

La reforma ha ampliado el concepto de personas asimiladas a los funcionarios públicos a los efectos de la punición de estas conductas, incluyendo a determinados particulares que realizan actividades vinculadas al ejercicio de funciones públicas, y así:

- En el delito de cohecho (artículo 423 del Código Penal) a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, se han añadido las figuras de los mediadores, los administradores concursales, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.
- En el delito de malversación (artículo 435 del Código Penal) se incluye a los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores, y en particular se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido por la ley.
- En el delito de negociaciones prohibidas (artículo 440 del Código Penal) a los peritos árbitros y contadores partidores, tutores, curadores y albaceas, se incorpora ahora a los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso.

Por otra parte, el artículo 427 del Código Penal ha formulado un nuevo concepto de funcionario público extranjero, al que también le podrá resultar de aplicación

determinados preceptos penales cuando los hechos le sean imputables o afecten a:

- a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.
- b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.
- c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública

2º) INCREMENTO Y AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE PENAS PREVISTAS PARA LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se revisan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública con el fin de elevar las condenas previstas con anterioridad, y así se lleva a cabo un aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Así acontece, entre otros, en los delitos que a continuación se relacionan, en donde se fija un rango de pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público superior: prevaricación administrativa (de 9 a 15 años); apropiación indebida (de 6 a 10 años); infidelidad en la custodia de documentos en sus distintas modalidades (de 1 a 3 años, de 3 a 5 años, y de 3 a 6 años); revelación de secretos en sus distintas modalidades (de 1 a 3 años, y de 3 a 5 años); cohecho en sus distintas modalidades (de 5 a 9 años, y de 9 a 12 años); tráfico de influencias (de 5 a 9 años); negociaciones prohibidas (de 2 a 7 años); fraudes y exacciones ilegales (de 3 a 9 años); abuso de información privilegiada en su modalidad de grave daño para la causa pública (de 9 a 12 años).

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha añadido igualmente penas anteriormente no previstas para determinados delitos contra la Administración Pública como, por ejemplo, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o

ayudas públicas, y el derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social en el tráfico de influencias cometido por un particular (artículo 429 del Código Penal), la inhabilitación especial para el caso de que el autor fuera funcionario público (artículo 430 del Código Penal), o una pena de prisión que se añade a las de multa e inhabilitación especial en la modalidad segunda del delito de abuso de información privilegiada si obtuviera el beneficio perseguido (artículo 442 del Código Penal). También se ha procedido a elevar la pena de suspensión de empleo o cargo público de algunos delitos como, por ejemplo, en los nombramientos ilegales del artículo 405 del Código Penal (de 1 a 3 años) y en las actividades prohibidas del artículo 441 del Código Penal (de 2 a 5 años).

Además, en los delitos más graves en los que los tipos penales ya contemplan la posible imposición de una pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, se ha añadido la imposición adicional y preceptiva, no alternativa o facultativa, de otra pena consistente en la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que alcanza únicamente al que se ostenta al cometer el delito, lo que impide que el condenado pueda optar a otro durante el tiempo de la condena, ya que la finalidad que se persigue con ello, como se declara expresamente en el preámbulo de la norma, es tratar de impedir que el condenado por un delito de corrupción pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo.

En concreto, se ha establecido como pena principal la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, entre otros, en los siguientes delitos: prevaricación de funcionario público (artículo 404 del Código Penal), cohecho (artículos 419 y 420 del Código Penal); tráfico de influencias (artículos 428 y 430 del Código Penal); malversación (artículo 432 y 433 del Código Penal), fraudes y exacciones ilegales (artículo 436 y 438 del Código Penal), o las negociaciones prohibidas y abusos (artículos 439 y 442 del Código Penal).

3º) TIPIFICACIÓN DE LA PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y PROVOCACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Con carácter general, en cuanto a los actos preparatorios punibles, en los artículos 17.3 y 18.2 del Código Penal se establece que la punición de la proposición, provocación y conspiración de los delitos solamente será posible en los casos previstos expresamente en la ley, añadiendo y reconociendo expresamente ahora

el nuevo artículo 445 del Código Penal que la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en el Título XIX relativo a los delitos contra la Administración Pública, serán castigados con la pena inferior en uno o dos grados.

4º) LA LIBERTAD CONDICIONAL SE VINCULA AL RESARCIMIENTO DE LAS RESPONSABILIDADES PECUNIARIAS O LA REPARACIÓN DEL DAÑO ECONÓMICO CAUSADO A LA ADMINISTRACIÓN A QUE HUBIERE SIDO CONDENADO

En la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se contiene una previsión particular en materia de libertad condicional, ya que la misma podrá denegarse cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado, con la finalidad o propósito que los condenados a penas privativas de libertad por delitos contra la Administración pública, cuando se hubiera acreditado una sustracción de fondos públicos o un daño económico a la Administración, no puedan por tanto acceder al beneficio de la libertad condicional si no han procedido a la correspondiente reparación económica (artículo 90.4 del Código Penal).

5º) AMPLIACIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN ALGUNOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se han ampliado los plazos de prescripción de los delitos en los supuestos más graves en los que se prevé que la inhabilitación tenga una duración máxima de al menos diez años, y así, a estos efectos, se modifica el régimen del artículo 131 del Código Penal, y se eleva el plazo de prescripción en los siguientes delitos: prevaricación administrativa, fraudes y exacciones ilegales; negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios.

6º) RECONOCIMIENTO LIMITADO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

Como regla general el artículo 31 quinquies del Código Penal, apartado primero, declara que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas, si bien añade y excepciona en el apartado segundo del citado precepto que en el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33, aunque esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal⁹⁵.

7º) APLICABILIDAD DEL DECOMISO AMPLIADO Y DECOMISO DE BIENES DE TERCEROS EN LOS SUPUESTOS DE LOS DELITOS DE COHECHO Y MALVERSACIÓN

La regulación del decomiso ha sido objeto de una importante revisión que introduce modificaciones sustanciales, con precedentes en la normativa comunitaria⁹⁶, y que, como se expone en el preámbulo de la norma, tienen como finalidad facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos.

El denominado decomiso ampliado fue introducido en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 5/2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales, y ahora se procede a hacerlo extensivo a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva

(95) Las penas previstas en los apartados a) y g) del artículo 33.7 del Código Penal son:

- Multa por cuotas o proporcional
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años

(96) Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos.

El decomiso ampliado, que no se configura como una sanción penal sino que se trata de una figura por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva, se caracteriza porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena pero que se fundamentan en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar.

En este tipo de actividades delictivas tampoco resulta infrecuente que los bienes y efectos procedentes de estas actividades delictivas sean transferidas por sus autores a terceras personas, por lo que se han introducido por el legislador algunas mejoras técnicas orientadas precisamente a incrementar la eficacia y seguridad jurídica en la aplicación de esta regulación, si bien la regulación del decomiso de bienes en poder de terceros ya estaba prevista en nuestra legislación penal.

Pues bien, en lo que se refiere a los delitos contra la Administración Pública que se contemplan en el artículo 127.1 bis apartados o) y p) del Código Penal (delitos de cohecho y malversación), se reconoce que el juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los citados delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito.

8º) NUEVA REGULACIÓN DE LA MALVERSACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Hay que partir de la base que la reforma penal ha procedido a delimitar los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida fijándose ahora de forma más clara y nítida sus contornos, de manera que quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida, pero quien recibe como administrador facultades de

disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie, por lo que quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal ha motivado a su vez la profunda revisión de los delitos de malversación, ilícito penal que ha estado tradicionalmente referida en nuestro ordenamiento jurídico fundamentalmente a supuestos de sustracción de fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos, si bien en realidad no era sino una modalidad de administración desleal.

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación (artículos 432 a 435 del Código Penal) como un supuesto de administración desleal de fondos públicos, de manera que ahora se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público, y que al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

En relación con la redacción anterior a la reforma, en el delito de malversación únicamente se mantiene el sujeto activo, autoridad, funcionario público y las personas asimiladas del artículo 435 del Código Penal, modificándose el objeto material del delito, delimitado ahora con el término patrimonio público, concepto de mayor amplitud que el de caudales o efectos públicos en la medida en que incluye a los bienes inmuebles, a los que la redacción anterior sólo aludía en la modalidad mínima del artículo 434 del Código Penal.

Las conductas punibles en el delito de malversación se remiten ahora a los artículos 252 y 253 del Código Penal (administración desleal y apropiación indebida respectivamente) consistentes en causar un perjuicio al patrimonio público al infringir, por excederse en ellas, las facultades de administración que tengan conferidas; o bien, en apropiarse de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión o custodia, o que

les hubiesen sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. Así, y ello es una novedad de importantes consecuencias jurídicas, se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público.

Se incluye igualmente un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad, que se producen cuando el valor excede de los 250.000 euros.

Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas.

Finalmente, se contempla un supuesto de excusa absolutoria limitada con una nueva redacción en el artículo 434 del Código Penal que permite que los jueces y tribunales impongan la pena inferior en uno o dos grados al responsable de los hechos tipificados en este capítulo VII relativo a la malversación si el culpable hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

3. LA NECESARIA APLICACIÓN DE OTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Sin perjuicio de la trascendencia de la herramienta punitiva, ya sea en su vertiente preventiva o represiva, en la lucha contra la corrupción que representa la reforma introducida en los delitos contra la Administración Pública por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el Código Penal, y que ha sido objeto de análisis

jurídico en el apartado anterior, no cabe duda que resulta necesario la aplicación de otras medidas transversales que permitan alcanzar el objetivo de eliminar cualquier atisbo de corrupción en la Administración Pública Española desterrando prácticas o situaciones que pueden ser el germen para su desarrollo.

En el presente apartado se pretende abordar de forma concisa las principales fases del ciclo de una política pública, que permita luchar contra la corrupción en la Administración Pública en España, que son en esencia las siguientes:

- 1) La identificación y definición del problema
- 2) La formulación de políticas
- 3) La adopción de la decisión
- 4) La implantación
- 5) La evaluación

3.1 LA IDENTIFICACIÓN Y DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Sin lugar a dudas, para la identificación y definición de cualquier problema público las encuestas de opinión pública se configuran en auténticas mediciones de la percepción ciudadana que indican cómo se visualiza un problema, y que sirven a los Gobiernos como herramienta para la detección de los mismos.

En las encuestas realizadas por Transparency Internacional⁹⁷, sobre el índice de Percepción de la Corrupción del año 2014, en el que se mide el grado de

(97) Transparency Internacional España es una organización no gubernamental a escala universal dedicada a combatir la corrupción, congregando a la sociedad civil, sector privado y los gobiernos en una amplia coalición global. Para ver más información sobre esta organización no gubernamental véase su página web: <http://transparencia.org.es/>.

En fecha 2 de noviembre de 2015, Transparency Internacional España, a través de una Comisión interna (integrada por treinta y cuatro miembros pertenecientes a muy diversas instituciones relacionadas con la lucha contra la corrupción y la transparencia: Fiscalía Anticorrupción, Jueces y magistrados, Tribunal de Cuentas, Organismos antifraude, Fuerzas de seguridad, Instituciones representativas de entidades públicas y locales, Universidades y ONG's, entre otras) ha presentado un listado de 40 medidas para prevenir y combatir la corrupción política e institucional en España.

corrupción en el sector público según la percepción de empresarios y analistas del país, entre los valores 100 (percepción de ausencia de corrupción), y 0 (percepción de muy corrupto), España se encontraba situada en el puesto número 37 con una puntuación de 60 puntos, superada por países como Botswana o Bután.

En el barómetro publicado en el mes de octubre de 2015 del Centro de Investigaciones Sociológicas (en adelante CIS)⁹⁸ a la pregunta de cuál es el principal problema que existe actualmente en España, la corrupción y el fraude se sitúan como el primer problema para un 13,8% de la sociedad española, solamente por detrás del paro. Este porcentaje aumenta al 39,4% de los encuestados si se suman los resultados de los datos de la cita de la corrupción y el fraude como el primer, segundo o tercer problema en España.

Resulta igualmente significativo para valorar la magnitud del problema de la corrupción, que a la pregunta de cuál es el primer, segundo o tercer problema que le afecta personalmente, hasta un 11,6% de la sociedad española responde que la corrupción y el fraude.

En el año 2013, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)⁹⁹ cifró en 1.661 las causas abiertas en los diferentes órganos judiciales españoles por delitos relacionados con la corrupción en relación con las Administraciones Públicas, en el que se incluyen tipos penales como la prevaricación, revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversaciones, negociaciones prohibidas a funcionarios, blanqueo de capitales, apropiación indebida, fraude, estafa...

En cuanto a la incidencia de los delitos contra la Administración Pública en el ámbito judicial de Castilla-La Mancha, según los datos estadísticos de la Memoria de la Fiscalía de Castilla-La Mancha¹⁰⁰, en el periodo comprendido entre los años

(98) Estudio nº 3114 del Centro de Investigaciones Sociológicas del mes de octubre de 2015

(99) Nota del Pleno, de 25 de abril de 2013, del Consejo General del Poder Judicial

(100) Estos datos fueron puestos de manifiesto por el Fiscal Superior de Castilla-La Mancha, Excmo. Sr. D. José Martínez Jiménez en la magistral ponencia impartida el 17 de abril de 2015 en Toledo, en las XXVII Jornadas de Letrados de las Comunidades

2010-2014 se puede comprobar que la media se encuentra aproximadamente en torno a 131 asuntos judiciales, siendo los delitos más frecuentes los de prevaricación administrativa y desobediencia de funcionario.

Hay que tener en cuenta que la corrupción se configura como un fenómeno complejo con consecuencias perniciosas para un Estado democrático y de derecho en distintos aspectos nucleares y esenciales. Así, los resultados del CIS relativos al barómetro del mes de abril de 2014¹⁰¹ pueden explicar, entre otras razones, la escasa confianza que los ciudadanos tienen en sus instituciones, como se comprueba en que, por ejemplo, a la pregunta sobre la confianza en el Gobierno de su Comunidad Autónoma, siendo la valoración de menos a más de 1 a 10, el resultado obtenido sea 3,07.

Además, hay algunos estudios sobre estimación del coste social y económico de la corrupción, como el método utilizado por varios investigadores del Instituto Universitario de Turismo y Desarrollo Sostenible (TIDES) de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria¹⁰², que cifran un coste social, en términos económicos, de aproximadamente 40.000 millones de euros anuales en España, y ello sin perjuicio de otros factores que se reseñan en el citado estudio que no son objeto de medición pero que también tienen una indudable influencia y consecuencias negativas, como el impacto sobre la reducción de inversión extranjera, el desánimo en la población que deja de emprender proyectos personales y profesionales por miedo a que la corrupción los detenga...

Por tanto, de los datos anteriormente indicados resulta evidente la constatación consistente en que actualmente la corrupción se percibe como un problema grave para la sociedad española que debe ser objeto de resolución a través de políticas públicas que, a pesar de la dificultad y complejidad del problema a resolver,

Autónomas, bajo el título de “Nuevo Código Penal y delitos contra la Administración”, y que ha servido de apoyo documental fundamental para la elaboración del presente artículo.

(101) Estudio nº 3021 del Centro de Investigaciones Sociológicas del mes de abril de 2014

(102) Estudio de estimación del coste social de la corrupción, realizado por el Instituto Universitario de Turismo y Desarrollo Sostenible (TIDES) de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Carmelo J. León, Jorge E. Araña y Javier de León (2013)

eliminen completamente y de raíz la corrupción en sus distintas ramificaciones, o, al menos, lo reduzcan considerablemente.

La corrupción no se percibe como un fenómeno aislado, sino que se considera que agrava otros problemas como el desempleo, la violencia y la pobreza, por lo que dado el carácter multidisciplinar del problema y su posible tratamiento, en el presente epígrafe únicamente vamos a abordarlo desde la perspectiva de tratar de fijar unas pautas mínimas para tratar de erradicarla, de forma efectiva, en la Administración, para lo que, con carácter previo, resulta imprescindible fijar una definición específica de la corrupción a estos efectos.

Para ello, vamos a hacer uso de una de las acepciones específicas de la corrupción que están relacionadas con el abuso de cargo público o el incumplimiento de normas jurídicas por parte de los responsables públicos, para lo que puede resultar ilustrativa la fijada por el profesor Manuel Villoria Mendieta, que ha definido la corrupción como *«toda acción tomada por un empleado público en el ejercicio de su cargo que se desviara de las obligaciones jurídicamente establecidas por el mismo por razones de interés privado»*¹⁰³

Una vez fijada previamente una definición de lo que entendemos por corrupción, podremos pasar a definir el problema y comenzar a desarrollar el ciclo de la política pública.

El problema de la corrupción (tema) en las Administraciones Públicas que vamos a focalizar en el presente artículo está representado por la falta de confianza que ello puede generar, y de hecho ya genera, en los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas (problema). Por tanto, se trataría de adoptar e implementar medidas que, prácticamente sin coste económico o muy reducido, y dependientes únicamente de una verdadera voluntad política, permitan recuperar, o en su caso reforzar, la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, en este caso en la Administración (política pública).

(103) M. Villoria Mendieta, «Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España», en *GAPP*, núm. 21 (mayo-agosto de 2001), Madrid, p. 99

Una vez identificado y definido el problema, es necesaria su inclusión en la agenda política del Gobierno (estatal, autonómico o local), lo que en este caso vendría impuesto no solamente porque como hemos visto en las encuestas del CIS la corrupción es un problema real, grave, y además creciente¹⁰⁴, para la ciudadanía, sino que además los medios de comunicación han informado y desvelado asuntos significativos, de amplia repercusión, ante la opinión pública, sin que se puede obviar que, como señalaban autores como Malcolm Mc Combs y Donald Shaw¹⁰⁵, los medios de comunicación han desempeñado un papel fundamental en el establecimiento de la agenda política del Gobierno y así, no ha sido infrecuente los casos puestos de manifiesto por medios de comunicación en los que se ponían de manifiesto conductas presuntamente corruptas en la Administración Pública.

En todo caso, la inclusión en la agenda política del problema de la corrupción en general, y en las Administraciones Públicas (en adelante AAPP) en particular, es, a mi juicio, ineludible, no solamente por ser una preocupación evidente de los ciudadanos, cada vez menos tolerantes ante prácticas corruptas y con mayor acceso a la información por la amplia difusión que están haciendo los medios de comunicación de presuntos casos de corrupción, sino incluso por la propia

(104) Se puede comprobar como en el Avance de resultados del Barómetro de junio de 2014 la cita de la corrupción como problema para los españoles aumentaba hasta el 38,8%, casi 2 puntos por encima de la anterior encuesta, y como posteriormente, en el Barómetro de octubre de 2015, la cifra escala ya al 39,4%.

(105) McCombs y Shaw estudiaron, a través de varios trabajos empíricos, el papel que juegan los medios en la formación del denominado efecto “agenda-setting”, comprobando que la selección de las noticias por parte de los medios, y la credibilidad de éstos, actúan sin duda, sobre el marco en el que se establece la referencia del debate político, de manera que la selección prioriza o pone en primer plano unas cuestiones y disminuye u oculta la importancia de otras. El efecto denominado “gatekeeper”, de selección, permite comprobar que la influencia del medio no depende tanto en su capacidad de convicción, esto es, su influencia real, como en la de poner en suerte los temas que son objeto de debate, los que condicionan la discusión política y la toma de decisión, por lo que, en conclusión, los medios de comunicación no sólo se limitan a seleccionar las noticias, sino que las jerarquizan y, con ello, valoran el interés de la agenda pública.

legitimidad y supervivencia del estado de derecho y de las instituciones democráticas, entre ellas los partidos políticos, ya que se percibe un cierto y creciente agotamiento y hartazgo de la ciudadanía ante la sensación de pasividad e impunidad de conductas reprobables relacionadas con las distintas formas de corrupción, como el nepotismos, tráfico de influencias, enchufismo...lo que, sin duda, puede ser una “ventana de oportunidad” para vencer la resistencia interna que pueda haber dentro de los propios partidos políticos o ciertos sectores para introducir cambios reales, efectivos y trascendentes en la Administración Pública en España que permitan erradicar la corrupción y generar mayor confianza en la ciudadanía.

3.2 LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS

En cuanto a la formulación de políticas públicas que puedan ir encaminadas a fortalecer o recuperar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones públicas, que son la base para garantizar su propia legitimidad y por ende del sistema democrático en general, y que además puedan evitar o disuadir la comisión de delitos relacionados con la corrupción en las AAPP, se pueden incluir las siguientes medidas, expuestas a modo de decálogo simplificado contra la corrupción:

1º) Publicación y difusión de la lista de personas condenadas por sentencia judicial firme en delitos contra la la Administración Pública al igual que acontece con los determinados deudores a la Hacienda Pública por deudas o sanciones tributarias que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 95 bis de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en aplicación de lo establecido en la disposición transitoria única de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre.

2º) Cumplimiento efectivo de las penas previstas en los tipos penales del Título XIX del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativo a los delitos contra las Administraciones Públicas, y aplicación preceptiva, no facultativa, de la previsión actualmente vigente que en aquellos supuestos en los que se haya producido un daño o enriquecimiento económico que afecte al erario público, cualquier beneficio penitenciario, por ejemplo libertad condicional, estará condicionado a la previa devolución íntegra de las cantidades sustraídas.

3º) Creación de unidades especializadas en los órganos judiciales y en el Ministerio Fiscal, dotadas adecuadamente de medios legales, materiales y personales para la lucha contra la corrupción en las Administraciones Públicas, a semejanza de los creados y dotados para otro tipo de problemas sociales, como la violencia de género.

4º) Creación de un órgano u observatorio contra la corrupción, en el que estén representados todos los grupos parlamentarios y organizaciones sociales representativas, cuyo funcionamiento (sesiones de trabajo, comisiones, ponencias...) y datos recabados sean de acceso público. Este organismo recabaría y publicaría los datos de todos los procedimientos judiciales abiertos, estado de tramitación los mismos, sentencias judiciales condenatorias, propondría medidas de lucha contra la corrupción, y elaboraría anualmente un índice o estadística de la corrupción en las Administraciones Públicas y partidos políticos. Se considera imprescindible la creación y publicación anual de un listado oficial que permita medir y evaluar la corrupción en España, y en el que se visualice a través de un ranking o listado ordenado numericamente, con criterios objetivos previamente establecidos, el grado de corrupción de nuestras instituciones, partidos políticos, Administraciones Públicas...

5º) Eliminación o drástica reducción de la figura de los asesores o personal eventual en las AAPP, y en cualquiera caso esta partida de personal debiera ser sufragada íntegramente a cargo o cuenta del presupuesto del propio partido político que gobierne en el caso de que el personal eventual no sea funcionario público o personal laboral de la Administración. Según el Boletín estadístico del personal al servicio de las AAPP (julio de 2015) del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, hay 360.202 personas trabajando en las AAPP que se engloban dentro de este tipo de personal, y cuyo sistema de selección y retribución es, en muchos casos, opaco y generador de lo que coloquialmente se denomina “enchufismo”, que, a mi modo de ver, no es sino una forma de corrupción.

6º) Eliminación o drástica reducción de las empresas públicas y sucedáneos, que se caracterizan, en múltiples ocasiones, por la opacidad en la política de selección

de personal, al margen de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y por un control o fiscalización en las cuentas públicas más complejo.

7º) Reducción efectiva de las libres designaciones en la AAPP, y fomento del concurso como mecanismo general de provisión. Se trata de una medida esencial para evitar que los empleados públicos de las AAPP puedan llegar a ser tolerantes o permeables ante prácticas dudosas o al límite de la legalidad de los responsables políticos, por muy diferentes motivos (afinidad ideológica, amistad, conservación el puesto de trabajo mejor remunerado...)

8º) Control efectivo y real de la rendición cuentas de los gestores públicos ya que si bien existen numerosas disposiciones sobre presentación de declaraciones de actividades, rentas...posteriormente no existe ningún control efectivo de la veracidad de los datos publicados, y carece por tanto de cualquier tipo de eficacia, siendo las sanciones previstas de escasa trascendencia (por ejemplo, véase en el caso de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Ley 6/1994, de 22 de diciembre, de publicidad en el "Diario Oficial" de los bienes, rentas y actividades de los gestores públicos de Castilla-La Mancha)

9º) Desarrollo real de la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en la Administraciones Públicas con la finalidad que persigue la normativa en materia de transparencia, y no que se configure como un mero trámite a cumplir. Un buen ejemplo, a mi modo de ver, está representado por la página web institucional de transparencia del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en donde está disponible de forma sencilla e intuitiva la práctica totalidad de la información referente a la actuación o actividad del CGPJ¹⁰⁶.

10º) Profesionalización de las Administraciones Públicas mediante la implementación de la figura del directivo público prevista en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y sin que casi 9 años después haya sido desarrollado.

(106) <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia>

11º) Fomento de la participación ciudadana en la toma de decisiones y en los procesos de elaboración de normas.

3.3 LA ADOPCIÓN DE LA DECISIÓN

Esta fase depende exclusivamente de uno o varios gestores públicos que tengan capacidad de decisión, ya que hay que tener en cuenta que para que una política sea considerada pública ésta debe haber sido generada por medios gubernamentales, esto es, debe emanar de una autoridad pública. En el presente caso, si bien la iniciativa en la definición del decálogo propuesto puede ser efectuada por distintos órganos o unidades, las medidas puestas de manifiesto en el decálogo contra la corrupción implican, fundamentalmente voluntad política y, en algún supuesto, la adopción de reformas legislativas, por lo que la toma o adopción de la decisión correspondería al Consejo de Gobierno u órgano equivalente de las CCAA, y, en muchos casos, al afectar a normas legales, su aprobación por parte de las Cortes Generales o Asambleas legislativas de las CCAA.

Al tratarse de una política pública de amplio espectro contra la corrupción que afectaría directa e indirectamente a diversas normas jurídicas de distintos ámbitos o departamentos, se haría necesaria una coordinación planificada entre los responsables de cada departamento (Ministros-Secretarios de Estado-Directores Generales...) mediante la creación de una comisión interministerial, o en sus equivalente a nivel estatal o autonómico.

3.4 LA IMPLANTACIÓN

Cuando se diseña una política pública se suele suponer que la misma será implementada sin modificaciones y que sus resultados coincidirán con las expectativas generadas al momento de elaborarla. No obstante, en la implementación pueden intervenir una serie de factores que pueden condicionar el éxito o fracaso de las políticas públicas elaboradas (intervención de los diferentes actores, por ejemplo).

En esta fase se incluyen todas las actividades y procesos que son desarrollados hasta que aparecen los efectos relacionados con la intervención pública de la que se trate. En el presente supuesto, analizando las medidas que se pretenden implantar, nos encontraríamos ante un modelo de los denominados de arriba abajo, en el que el protagonismo correspondería a los gestores públicos con capacidad de decisión, en este caso el Gobierno o Consejo de Gobierno, y en el que los actores implicados más resistentes al cambio y que harían una mayor presión no serían los ciudadanos o los empleados públicos.

No obstante la resistencia inicial que pudiera existir entiendo que puede ser vencida bajo el axioma o convencimiento interno de que si no se produce el cambio profundo que demanda la sociedad española, ello puede suponer no solamente una pérdida de legitimidad de las instituciones sino el naufragio electoral de los propios partidos políticos gobernantes que sean reticentes al cambio.

3.5 LA EVALUACIÓN

En cuanto a los indicadores públicos que permitan valorar la efectividad de la política pública en sus distintas fases y el impacto final en la sociedad, en el presente supuesto de lucha contra la corrupción, como elementos de medición se podrían hacer uso de:

- A) Las encuestas del CIS, que miden la percepción de la sociedad española sobre el tema
- B) Las estadísticas del CGPJ sobre la evolución y número de casos judiciales de corrupción en España
- C) La medición de la corrupción en los distintos organismos, AAPP...a través de un ranking oficial anual
- D) Estudios e informes de organismos internacionales

IV. CONCLUSIONES

La nueva regulación de los delitos de corrupción contra la Administración merece una valoración global positiva, ya que, por una parte, el incremento generalizado de las penas permitirá equilibrar y ajustar la gravedad de este tipo de conductas delictivas a las penas que se imponen. Asimismo, al prever que la libertad condicional se vincule al resarcimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado permitirá no solamente resarcir económicamente a la Administración, sino también frenar la sensación de impunidad que siente gran parte de la sociedad cuando son cometidos estos graves hechos delictivos.

Sin duda una de las modificaciones más importantes que se introducen es la nueva regulación de la malversación en el ámbito de las Administraciones Públicas que amplía su ámbito objetivo de aplicación, incluyendo junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Igualmente, la punición de la proposición, provocación y conspiración en estos delitos y la previsión de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas pueden llegar a tener una incidencia relevante en las Administraciones Públicas.

No obstante, en la lucha contra la corrupción en la Administración Pública además de la reforma penal introducida en los delitos contra la Administración Pública no cabe duda que resultaría necesaria la aplicación de otras medidas o actuaciones, que hemos apuntado en el presente artículo, si queremos erradicar esta lacra de forma eficaz.

Por ello, resultaría necesario, como han propuesto ya prestigiosos profesionales que han estudiado en profundidad esta materia¹⁰⁷, que cada Administración Pública implantase un programa de cumplimiento, inspirado en los sistemas de

107 Nieto Martín A. y Maroto Calatayud M.: "*Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*": editorial Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Servicio de Publicaciones: Tirant lo Blanch (2014)

“*compliance*” que la mayoría de las empresas privadas están adoptando en nuestro país tras la introducción en el año 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para establecer controles internos y públicos en la lucha contra la corrupción, que cada Administración debe diseñar e implantar tras analizar previamente cuáles son sus riesgos específicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Boletín estadístico del personal al servicio de las AAPP del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Secretaría General de Administraciones Públicas (julio de 2015), disponible en:http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parrafo/Boletin_Estadis_Personal/BEP_JULIO_2015.pdf
- Carmelo J. León, Jorge E. Araña y Javier de León. : “*Estudio de estimación del coste social de la corrupción*”, realizado por el Instituto Universitario de Turismo y Desarrollo Sostenible (TIDES), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, (2013) Centro de Investigaciones Sociológicas: Estudio nº 3021 del Centro de Investigaciones Sociológicas del mes de abril (2014) y Estudio nº 3114 del Centro de Investigaciones Sociológicas del mes de octubre (2015), disponible en: http://www.cis.es/cis/opencm/ES/11_barometros/index.jsp
- Índice de Percepción de la Corrupción de Transparency Internacional (2014), disponible en:

http://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2014_el_crecimiento_transparente_en_r

- Martínez Jiménez, J.: *“Nuevo Código Penal y delitos contra la Administración”*, ponencia impartida el 17 de abril de 2015 en las XXVII Jornadas de Letrados de las Comunidades Autónomas, Toledo, (2015)
- Maxwell E. Mc Combs; Donald L. Shaw. : *“The Agenda-Setting Functions of the Mass Media”*, *The Public Opinion Quarterly*, Vol. 36, n.º 2, en Oxford University Press, págs. 176-187 (1972)
- Nieto Martín A. y Maroto Calatayud M. : *“Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos”*, editorial Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Servicio de Publicaciones: Tirant lo Blanch (2014)
- Villoria Mendieta, M.: *“Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España”*, en *GAPP*, núm. 21, págs 99, Madrid (mayo-agosto de 2001)

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

COMENTARIO A LA LEY 42/2015, DE 5 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. EN ESPECIAL LA REFORMA DE LOS JUICIOS VERBALES

Belén López Donaire

**Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha**

Fecha de finalización de trabajo: 19 de octubre de 2015

El 6 de octubre se publicó en el BOE la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). La entrada en vigor se produce de forma escalonada, aunque gran parte de su articulado lo hizo el día 7 de octubre de 2015, otros preceptos entraron en vigor el 15 de octubre (los referidos a la subasta electrónica) y el resto difiere su vigencia hasta el 1 de enero de 2016 y 1 de enero de 2017 tal y como establece su disposición final duodécima y que respectivamente.

Dicha ley, reforma la LEC. Este año puede ser calificado de locura legislativa pues en concreto la LEC ha sufrido nueve modificaciones en 2015¹.

¹ En el BOE n.º 125, de 26 de mayo, se publicó la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Era una reforma mínima que trataba de abrir la apelación en los procedimientos de ejecución en curso antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2014, para que las partes ejecutadas dispusieran de un nuevo plazo preclusivo de dos meses, desde la entrada en vigor de la norma para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y en el apartado 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

– En el BOE n.º 158, de 3 de julio, se publicó la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria .

Además de las previsiones propias de la jurisdicción voluntaria efectuaba una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil introduciendo un procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, al objeto de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos a continuación de los procesos matrimoniales y de menores en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La reforma también moderniza este procedimiento, en el que se introducen mejoras sustanciales, incluyendo las medidas cautelares y las comunicaciones directas entre autoridades judiciales.

– En el BOE n.º 167, de 14 de julio, se publicó la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil .Dicha norma introducía la subasta electrónica y modificaba varios preceptos en materia de ejecución si bien se retrasó la entrada en vigor de muchos de ellos hasta el 15 de octubre de 2015.

-En el BOE n.º 174, de 22 de julio de 2015 se publicó la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificaba la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y contenía cambios en la LEC. Se señalaba que había que adaptarla a las nuevas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la información sobre el estado de las actuaciones judiciales, la publicidad de las sentencias y la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo.

Los Secretarios Judiciales pasaron a denominarse Letrados de la Admon de Justicia, eso sí, en la misma modificación algunas veces se sigue hablando de Secretario y lo mismo se hace en las Leyes posteriores.

– En el BOE n.º 175, de 23 de julio de 2015, Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia .Se volvía a modificar la LEC con la introducción del nuevo artículo 778 bis que incorpora un procedimiento para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta y nuevo artículo 778 ter de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de un procedimiento especial para conocer de las

solicitudes para entrar en un domicilio en ejecución de las resoluciones administrativas de protección de menores.

Pero lo cierto es que esta Reforma de la LEC no pasará a la historia por su calidad técnica pues olvidaba que a su vez la Ley 15/2015, apenas veinte días antes, había insertado todo un capítulo sobre retorno de los menores en los casos de sustracción internacional en los arts. 778 bis y ss con lo cual los ahora catalogados como “nuevos” artículos 778 bis y 778 ter pisaban la legislación anterior publicada 20 días antes y suponían de facto dejar sin vigor la normativa sobre retorno y sustracción de menores. El propio Legislador mediante corrección de errores, de BOE de 2 de septiembre de 2015 procedió a la corrección de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria para reenumerar los artículos.

– En el BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015, se publicó la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia complementaria de la Orgánica anteriormente analizada.

Se introduce en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la regla general de la acumulación de procesos y se introduce una previsión especial en el artículo 76, para determinar que, con carácter general, todos los procesos de oposición a resoluciones administrativas que se sigan respecto de un mismo menor de edad se acumulen al más antiguo de ellos y sean seguidos y resueltos, con la debida economía procesal, por el mismo juzgado. Ello se garantiza previendo que la acumulación sea promovida, incluso de oficio, por el juzgado que tenga conocimiento de la existencia de un segundo o posterior proceso. Se introduce de forma expresa, clara y terminante en el art. 525.1 LEC la prohibición de ejecución provisional de las sentencias que se dicten en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, con el fin de evitar los perjuicios que para el menor de edad supondría la revocación de una sentencia de esta naturaleza que se estuviera ejecutando provisionalmente. Por otra parte, en los artículos 779 y 780, además de incluir las adaptaciones terminológicas necesarias en coherencia con la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, se unifica el plazo a dos meses para formular oposición respecto a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, eliminando la diferenciación que se hacía respecto a las declaraciones de desamparo. Se establece un mismo procedimiento para la oposición a todas las resoluciones administrativas, con independencia de su contenido o de las personas afectadas, ampliándose la legitimación activa y, finalmente, con la reforma del artículo 781 se concentran en un solo procedimiento los supuestos en los que durante la tramitación del expediente de adopción los progenitores del adoptando

En el presente trabajo nos vamos a centrar en las novedades más relevantes a nuestro juicio, si bien nos detendremos en los artículos que modifican el juicio verbal.

Una de las novedades se refiere al **empleo de medios telemáticos**. La reforma pretende que la comunicación electrónica sea la forma habitual de actuar en la Administración de Justicia.

Por ello, se establece el 1 de enero de 2016 como fecha a partir de la cual todos los profesionales de la justicia y órganos judiciales y fiscalías estarán obligados a emplear los sistemas telemáticos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos y documentos y la realización de actos de comunicación procesal.

En consecuencia, se establecen normas generales para la presentación de escritos y documentos por medios telemáticos, lo que se podrá hacer todos los días del año, durante las veinticuatro horas, aplicándose el mismo régimen para los escritos perentorios, con independencia del sistema utilizado de presentación.

A la vez, se desarrollan las garantías que deben reunir los justificantes que acrediten la presentación de los documentos y se realizan las adaptaciones

pretendieran que se les reconociera la necesidad de otorgar su asentimiento a la adopción, con la finalidad de dar unidad de actuación a tales pretensiones, lo que repercutirá en una agilización del procedimiento.

– En el BOE n.º 182, de 31 de julio de 2015, se publicó la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Una ley necesaria que da cumplimiento a un mandato ya contenido en la disposición final vigésima de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y, de hecho, pendiente desde la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el año 1985, colmando así la imperiosa necesidad de dotar a España de una regulación moderna sobre la cooperación jurídica internacional en materia civil. que regula entre otros todo el procedimiento de exequátur derogando por fin los arts. 951 a 958 LEC de 1881.

– En el BOE n.º 228, de 23 de septiembre de 2015, se publicó la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que adaptó el art. 517.2.8, el popular auto de cuantía máxima a los nuevos procedimientos penales.

precisas en cuanto al traslado de copias de los documentos presentados, así como al valor probatorio de los mismos.

Así, los jueces podrán emplear datos de correo electrónico y de número de teléfono para localizar a los demandados. De esta forma, el Ministerio de Justicia defiende que se hará habitual en la Administración de Justicia la recepción electrónica de las notificaciones que hasta ahora se recibían en papel. Además, se podrá informar mediante aviso por SMS al teléfono móvil de la persona interesada de que se le ha de practicar una notificación.

Con la finalidad de que la comunicación electrónica sea la forma habitual de actuar en la Administración de Justicia también en relación con los ciudadanos, se establece expresamente que los actos de comunicación se podrán realizar en la dirección electrónica habilitada por el destinatario o por medio de otro sistema telemático, aunque ello será posible a partir del 1 de enero de 2017.

Asimismo, se incrementa la seguridad jurídica de los interesados estableciendo nuevas medidas que garanticen el conocimiento de la puesta a disposición de los actos de comunicación, como es el envío de avisos de notificación, siempre que esto sea posible, a los dispositivos electrónicos designados.

Se desarrollan las garantías que deben reunir los justificantes que acrediten la presentación de los documentos y se realizan las adaptaciones precisas en cuanto al traslado de copias de los documentos presentados, así como al valor probatorio de los mismos.

Como novedad, en materia de representación se incluyen nuevos medios para el otorgamiento del apoderamiento apud acta mediante comparecencia electrónica, así como para acreditarla en el ámbito exclusivo de la Administración de Justicia, mediante su inscripción en el archivo electrónico de apoderamientos apud acta que se creará al efecto y que entrará en vigor el 1 de enero de 2017. Ello conlleva la modificación de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Los datos de correo electrónico y de número de teléfono podrán ser utilizados para la localización del demandado. Se realizarán los actos de comunicación a través del Servicio de Dirección Electrónica Habilitada para los colectivos que resulten obligados y para aquellos otros ciudadanos que, sin estarlo, opten por

dicho sistema. De esta forma, se hará habitual en la Administración de Justicia la recepción electrónica de las notificaciones de la Administración que hasta ahora se reciben en papel. Además, se podrá informar mediante aviso por SMS al teléfono móvil de la persona interesada de que se le ha de practicar una notificación.

En relación a los profesionales que colaboran con la Administración de Justicia, los colegios de procuradores estarán obligados a habilitar los medios necesarios de forma que pueda garantizarse el envío y recepción de notificaciones electrónicas en todo el territorio nacional.

Mención importante de la reforma afecta a los Procuradores de los Tribunales.

La figura del procurador, con gran raigambre histórica en nuestro ordenamiento jurídico, ha tenido una intervención directa y activa, y en estos momentos está llamada a jugar un papel dinamizador de las relaciones entre las partes, sus abogados y las oficinas judiciales. Los procuradores han ido asumiendo, a medida que la situación lo ha ido requiriendo, en virtud de su condición de cooperadores de la Administración de Justicia, un mayor protagonismo en las labores de gestión y tramitación de los procedimientos judiciales, desempeñando en parte funciones que hoy en día compatibilizan con su originaria función de representantes procesales de los litigantes. Así, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, especialmente con la reforma llevada a cabo en el artículo 26 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vino a acentuar esa condición que viene caracterizando desde hace tiempo la actuación del procurador cuando desempeña su función como colaborador de la Administración de Justicia, en la línea marcada por el Libro Blanco de la Justicia elaborado en el seno del Consejo General del Poder Judicial, que ya puso de relieve la necesidad de considerar «la conveniencia de tender a un sistema en el que, manteniendo la figura del procurador como representante de los ciudadanos ante los tribunales, pudiera al mismo también asumir otros cometidos de colaboración con los órganos jurisdiccionales y con los abogados directores de la defensa de las partes en el procedimiento, concretamente en el marco de los actos de comunicación, en las fases procesales de prueba y ejecución y en los sistemas de venta forzosa de bienes embargados, en los términos y con las limitaciones que se establecen en otras partes de este estudio».

En consecuencia, corresponde al procurador la realización de todas aquellas actuaciones que resulten necesarias para el impulso y la buena marcha del proceso.

En particular, se refuerza el elenco de atribuciones y obligaciones de los procuradores respecto de la realización de los actos de comunicación a las personas que no son su representado.

La reforma parte de la dualidad actual del sistema manteniendo las posibilidades de su realización, bien por los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial, bien por el procurador de la parte que así lo solicite, a su costa, y en ambos casos bajo la dirección del secretario judicial. Pero exige que, en todo escrito por el que se inicie un procedimiento judicial, de ejecución o instancia judicial, el solicitante haya de expresar su voluntad al respecto, entendiendo que, de no indicar nada, se practicarán por los funcionarios judiciales.

No obstante, este régimen no será aplicable al Ministerio Fiscal ni en aquellos procesos seguidos ante cualquier jurisdicción en los que rija lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Como novedad destacable, se atribuye a los procuradores la capacidad de certificación para realizar todos los actos de comunicación, lo que les permitirá su práctica con el mismo alcance y efectos que los realizados por los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial y, con ello, se les exime de la necesidad de verse asistidos por testigos, lo que redundará en la agilización del procedimiento.

De forma correlativa, en el desempeño de las referidas funciones, sin perjuicio de la posibilidad de sustitución por otro procurador conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los procuradores deberán actuar necesariamente de forma personal e indelegable, con pleno sometimiento a los requisitos procesales que rigen cada acto, bajo la estricta dirección del secretario judicial y control judicial, previéndose expresamente que su actuación será impugnada ante el secretario judicial y que contra el decreto resolutorio de esta impugnación se podrá interponer, a su vez, recurso de revisión ante el tribunal. Directamente relacionado con la actuación de los procuradores, para unificar

Modificación de la regulación del juicio verbal

Hasta ahora, los juicios declarativos, únicamente se contestaba a la demanda por escrito en los procedimientos ordinarios, es decir, cuando la cuantía que era reclamada superaba los 6.000 euros.

El juicio verbal, regulado en los artículos 437 y siguientes, se desarrollaba a lo largo de dos fases diferenciadas, una primera fase de presentación de la demanda sucinta y de posterior citación de las partes a la vista y una segunda fase oral, la vista. Posteriormente el juicio culminaba con sentencia.

El juicio verbal y el juicio ordinario se diferenciaban pues no sólo en su ámbito de aplicación sino también en varios aspectos de su estructura procedimental.

Así: 1) mientras el juicio ordinario comienza por una demanda que ha de incorporar por completo la pretensión, el verbal se iniciaba mediante una demanda sucinta que de la pretensión tan sólo obliga a incorporar la petición; 2) En el ordinario la contestación a la demanda se realiza por escrito, en el verbal se producía oralmente ya en el acto de la vista. Era el mismo día del juicio, el que la parte demandada, de manera oral, exponía y argumentaba sus motivos de contestación a la demanda; 3) En el ordinario existe la fase intermedia de audiencia previa al juicio, en el verbal dicha fase no existía. Por último, en el ordinario pueden darse las diligencias finales, mientras que en el verbal no.

La Ley 42/2015 introduce modificaciones en la regulación del juicio verbal con la finalidad según señala la exposición de motivos de reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que son fruto de la aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que venían siendo demandadas por los diferentes operadores jurídicos. Así se da nueva redacción a los artículos 437,438,440,441,442,443,446 y 447.

Entre las modificaciones operadas debe destacarse la introducción en el artículo 438 LEC de la contestación escrita, que deberá presentarse en el plazo de diez días, la mitad del establecido para el procedimiento ordinario, generalizando con ello la previsión que ya se recogía para determinados procedimientos especiales, lo que ha comportado la adecuación de todos los preceptos relacionados con el trámite del juicio verbal y de los procesos cuya regulación se remite al mismo, incluida la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Por tanto, las demandas presentadas a partir del 6 de octubre de 2015, cuando sean notificadas a la parte demandada, ésta tendrá un plazo de diez días para proceder a su contestación por escrito, pues caso contrario será declarado en rebeldía, con los efectos que dicha rebeldía puede tener para la defensa de sus intereses.

Según el artículo 438.1, en los casos en que sea posible actuar sin abogado ni procurador, se indicará así en el decreto de admisión y se comunicará al demandado que están a su disposición en el juzgado unos impresos normalizados que puede emplear para la contestación a la demanda.

Resulta relevante la aplicación del artículo 408. Dicho artículo establece un régimen procesal diferenciado para el caso de que el demandado, en su escrito de contestación, alegue ser titular de un crédito compensable frente al actor o alegue la nulidad del negocio jurídico en el que éste fundamenta sus pretensiones.

El demandado podrá oponer en la contestación a la demanda un crédito compensable, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 408. Si la cuantía de dicho crédito fuese superior a la que determine que se siga el juicio verbal, el tribunal tendrá por no hecha tal alegación en la vista, advirtiéndolo así al demandado, para que use de su derecho ante el tribunal y por los trámites que correspondan.

. Lo primero destacable en cuanto a la celebración de la vista es que ahora pasará a ser potestativa, no llegando a tener lugar si ninguna de las partes se pronuncia a favor de su celebración. Y, en caso de procederse a la misma, destaca la semejanza que el nuevo texto legal prevé con respecto a la audiencia previa de los juicios ordinarios. Así, pasará a comprobarse la existencia o no de impedimentos procesales, tras lo cual –y tras realizar las aclaraciones necesarias y fijar los hechos- se pasará a proponer las pruebas.

De forma oral, las partes deben expresar con qué medios pretenden valerse y, aquí una de las novedades, es que además deben aportar en el acto un escrito detallando las proposición de la prueba. Además, el tribunal puede proponer otras pruebas si considera insuficientes las propuestas.

Por último, en relación con la admisión de la prueba, la nueva Ley permite el recurso de reposición sobre la misma, con su consiguiente formulación de protesta de cara a la segunda instancia. Una nueva muestra de la semejanza con el juicio ordinario.

Del mismo modo, siempre que el tribunal lo considere pertinente, se otorga a las partes la posibilidad de renunciar a la celebración del trámite de vista y se exige que se anuncie con antelación la proposición de la prueba del interrogatorio de la parte.

El artículo 438.4 dispone:” *El demandado, en su escrito de contestación, deberá pronunciarse, necesariamente, sobre la pertinencia de la celebración de la vista. Igualmente, el demandante deberá pronunciarse sobre ello, en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación. Si ninguna de las partes la solicitase y el tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámites.*

En todo caso, bastará con que una de las partes lo solicite para que el secretario judicial señale día y hora para su celebración, dentro de los cinco días siguientes. No obstante, en cualquier momento posterior, previo a la celebración de la vista, cualquiera de las partes podrá apartarse de su solicitud por considerar que la discrepancia afecta a cuestión o cuestiones meramente jurídicas. En este caso se dará traslado a la otra parte por el plazo de tres días y, transcurridos los cuales, si no se hubieren formulado alegaciones o manifestado oposición, quedarán los autos conclusos para dictar sentencia si el tribunal así lo considera.”

El artículo 440 LEC señala que una vez se haya contestado la demanda y, en su caso, la reconvencción o el crédito compensable, o transcurridos los plazos correspondientes, el secretario judicial, cuando haya de celebrarse vista de acuerdo con lo expresado en el artículo 438, citará a las partes a tal fin dentro de los cinco días siguientes. La vista habrá de tener lugar dentro del plazo máximo de un mes.

Otra de las novedades de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la introducción de la posibilidad de acordar en el juicio verbal un trámite de conclusiones, que permitirá a ambas partes hacer sus alegaciones al término de la vista.

Siempre era discutido si existían o no las conclusiones en el juicio verbal, tras la reforma, será el tribunal el que determinará si existe o no las conclusiones.

Modificación de la regulación del proceso monitorio

En relación al proceso monitorio, y con el objetivo de garantizar al consumidor una protección efectiva de sus intereses, el juez, previa dación de cuenta del secretario judicial, verificará la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores o usuarios. Podrá, por este motivo, declarar de oficio el carácter abusivo de la cláusula en cuestión. En ese caso, esta cláusula no podrá ser invocada en ningún otro juicio posterior.

Con la introducción de esta actuación judicial, se da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito, en la que se declaró que la normativa española no es acorde con el derecho comunitario en materia de protección de los consumidores, al no permitir que el juez que conoce una demanda en un proceso monitorio examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato.

Nuevo régimen de prescripciones en el Código Civil

Se acorta el plazo de prescripción de acciones personales que no tengan establecido un plazo de prescripción específico. El plazo para ejercerlas pasa de 15 años a 5. Con ello se obtiene un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo. La disposición transitoria relativa a esta materia permite la aplicación a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de esta Ley, de un régimen también más equilibrado, surtiendo efecto el nuevo plazo de cinco años.

La Disposición Final Primera afecta al art. 1.964 CC, que queda redactado de la siguiente manera:

“1.- La acción hipotecaria prescribe a los veinte años.

2.- Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las

obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.”

La Disposición transitoria quinta establece expresamente que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil. Este precepto, a su vez, dispone que “la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”.

En definitiva, la modificación de la LEC consideramos que es positiva. En concreto, el juicio verbal, hasta la entrada de esta reforma, su condición de oral conllevaba en ocasiones ciertas dificultades a la hora de ejercer el derecho a la defensa: por ejemplo, dado que hasta la celebración del juicio no se conocían los argumentos de la otra parte, el rebatirlos podía ser una tarea harto complicada para el demandante. Por tanto, contribuye a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

COMENTARIO A LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR TRAS LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA EN EL TRLCSP POR LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE , DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: 19 de noviembre de 2015

El 2 de octubre de 2015 se publicó en el BOE la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que modifica a través de su disposición final novena, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo TRLCSP) e introduce en su texto tres nuevos artículos, una nueva disposición adicional, y una nueva disposición transitoria.

La entrada en vigor de la Ley 40/2015 se difiere hasta el 2 de octubre de 2016 pero las modificaciones introducidas en materia de contratos entraron en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, es decir, el 22 de octubre, con la salvedad de la Oficina Nacional de Evaluación que entrará en vigor el 2 de abril de 2016.

Las modificaciones del TRLCSP introducidas por la citada ley en su disposición final novena, se engloban en tres aspectos: a) Prohibiciones de contratar. Se modifican los artículos 60, y 61, introduciendo además un nuevo artículo 61 bis, y una nueva disposición transitoria décima, b) Contratos de concesión de obra pública. Se modifican total o parcialmente los artículos 150, 254, 256, 261, 271, 288. Se añaden además dos nuevos artículos 271 bis y 271 ter c) Oficina Nacional de Evaluación. Se crea este organismo, agregando para ello al TRLCSP una nueva disposición adicional trigésimo sexta.

Nuestro comentario se centra en las prohibiciones de contratar.

El apartado a) del artículo 60.1 regula como causa que da lugar a prohibición de contratar el haber sido condenada la persona mediante sentencia firme. La novedad de la ley es que amplía el número de delitos añadiendo el de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, prevaricación, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico.

La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquéllas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

En el apartado d) del artículo 60.1 se añade a la ya tradicional causa de prohibición de contratar de no hallarse el licitador o candidato al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social, el de aquellas empresas de 50 o más trabajadores, que no cumplan el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad. Esta prohibición debe ponerse en relación para ser operativa con el apartado 1 de la nueva disposición transitoria décima que dispone "...en las condiciones que reglamentariamente se determinen".

Ahora bien, el apartado 2 de esta nueva disposición transitoria décima del TRLCSP, parece reconocer que puede ser aplicada actualmente cuando dispone: *"Hasta el momento en que se produzca la aprobación del desarrollo reglamentario a que se refiere el apartado anterior, los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en relación con la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta."*

El apartado g) del artículo 60.1 sigue regulando la incompatibilidad de cargos públicos. Ahora bien, la novedad introducida por la ley 40/2015 es que la prohibición afecta a los ascendientes así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero. Hay que mencionar que se añade expresamente “a la normativa autonómica “en materia de incompatibilidades o conflicto de intereses.

En el artículo 60.2 se regulan las circunstancias que impiden a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la Ley.

Desaparece la anteriormente prevista en el artículo 60.2.b)

"b) Haber infringido una prohibición para contratar con cualquiera de las Administraciones públicas."

Se introduce una nueva causa recogida en el artículo 60.2.b) “Haber dejado de formalizar el contrato, que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el artículo 156.3 por causa imputable al adjudicatario”.

En el apartado c) del artículo 60.2 además del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato, es circunstancia que ahora también se recoge de forma expresa el incumplimiento de las cláusulas esenciales del contrato, eso sí, no sólo requiriendo, como antes, que dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, sino también, que tal incumplimiento hubiese dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

El nuevo artículo 61bis regula los efectos de la declaración de la prohibición de contratar, efectos respecto de los que admite diversos ámbitos funcionales (la prohibición para contratar puede afectar al ámbito del órgano de contratación o extenderse al sector público en el que dicho órgano se integre), territoriales (una o varias Comunidades Autónomas o la totalidad del territorio nacional) y temporales (pues unas producen efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquélla o ésta se

hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición y en otros supuestos los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente).

Actualmente, con las modificaciones operadas, las prohibiciones lo son para contratar con la totalidad del sector público, por lo que desaparece la distinción e entre las causas que afectaban a la totalidad del sector público, y las que afectaban a la totalidad de las Administraciones Públicas.

Una vez declarada la prohibición, la principal consecuencia es que impide futuras contrataciones con el órgano de contratación, con el sector público autonómico correspondiente, o con la totalidad del sector público.

Todas las prohibiciones de contratar, salvo aquellas en que se den alguna de las circunstancias previstas en las letras c), d), g) y h) del apartado primero del artículo 60, se inscribirán en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado.

Los órganos de contratación del ámbito de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales situadas en su territorio notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas correspondientes, o si no existieran, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

Respecto a la duración de la prohibición, se estará a lo dispuesto en la sentencia penal firme que la prevea, y si ésta no ha establecido plazo, la duración no podrá exceder de 5 años desde la fecha de la condena por sentencia firme. En el resto de supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de 3 años, y en el caso de que el empresario dejare de formalizar el contrato que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el artículo 156.3 por causa imputable al adjudicatario (artículo 60.2.b) de ser necesario el procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de 3 meses desde que se produjo la adjudicación.

“La inscripción de la prohibición de contratar en el Registro de Licitadores correspondiente caducará pasados 3 meses desde que termine su duración,

debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro tras el citado plazo.

Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 60 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o ésta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

No obstante lo anterior, en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 60 en los casos en que los efectos de la prohibición de contratar se produzcan desde la inscripción en el correspondiente registro, podrán adoptarse, en su caso, por parte del órgano competente para resolver el procedimiento de determinación del alcance y duración de la prohibición, de oficio, o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse”.

COMENTARIO A LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (I)

Jerónimo Martínez García

Secretario General del Ayuntamiento de Toledo

Ana Isabel Elez Gómez

**Jefa de Servicio de Contratación y Patrimonio de la Consejería de
Hacienda y Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de
Castilla-La Mancha**

Fecha de finalización de trabajo: noviembre de 2015

La Unión Europea ha aprobado tres Directivas sobre contratación pública:

- Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Todas ellas aparecen publicadas en el DOUE de 28 de marzo de 2014 y deberán transponerse antes del 18 de abril de 2016, sin perjuicio del mayor plazo que conceden para la incorporación del uso obligatorio de medios electrónicos en la contratación hasta el 18 de octubre de 2018, salvo para centrales de compra, donde deberán estar operativas el 18 de abril de 2017.

Se trata de tres Directivas materiales, ya que regulan la materia de la contratación pública bien con carácter general (Directiva 2014/24/UE), sobre sectores específicos (Directiva 2014/25/UE) o sobre concesiones (Directiva 2014/23/UE).

A este respecto, se produce un importante cambio sobre la situación precedente:

Por un lado, aparece una nueva Directiva sobre concesiones, materia que antes no se encontraba regulada, a salvo del contrato de concesión de obras públicas (en la Directiva 2004/18/CE); y por otro lado, se produce la aprobación de un nuevo texto completo de Directivas, ya que no se trata de simples modificaciones. Esto significa que se introducen tanto cambios muy relevantes como también cambios de detalle que, no obstante, modifican la regulación anterior. No se trata, tampoco, de una mera codificación de las Directivas anteriores, sino de nuevos textos normativos que constituyen un nuevo marco regulatorio de la materia de la contratación pública.

Conforme a lo, se cambia el Derecho material sobre contratación pública, pero no el Derecho formal de garantía de los recursos. Las Directivas sobre recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE siguen vigentes con diversas modificaciones que han sufrido a lo largo del tiempo, principalmente por la Directiva 2007/66/CE. Ahora también la Directiva sobre concesiones modifica estas Directivas en orden a adecuar las garantías de recursos especiales sobre contratación pública respecto de la regulación de las nuevas Directivas.

A todo ello debe añadirse la Directiva 2014/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública. También sigue vigente la Directiva 2009/81/CE, sobre contratos en los ámbitos de defensa y de seguridad.

I. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE

La Directiva 2014/24/UE se refiere a los principios de la contratación, en su artículo 8.1, que dice así:

«Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.»

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos».

La transparencia, ligada a la publicidad, recibe un gran impulso, dado que sólo una contratación pública transparente garantiza un mercado interior efectivo en el seno de la UE. Así también recibe un gran empuje el principio de competencia, que pasa a ser la piedra angular de la contratación, puesto que sin competencia o con competencia falseada no hay contratación que pueda ser reputada como válida.

Medidas de transparencia vienen recogidas en diversos artículos de la Directiva, pudiendo destacarse especialmente los artículos 48-55, agrupados bajo la Sección 2, sobre «Publicación y transparencia», de la que puede resaltarse aquí el artículo 55, referido a la información a los candidatos y licitadores. Pero la transparencia viene asimismo reflejada en el derecho de todos los posibles licitadores y candidatos a tener la información más completa sobre el contrato desde el principio, y también en la ejecución, donde cabe resaltar el nuevo régimen sobre modificaciones contractuales.

Por otra parte, las Directivas persiguen potenciar la innovación y mejorar la participación de las PYME en la contratación pública.

También, la Unión Europea es consciente de la enorme potencialidad de la contratación pública en relación con otros objetivos como son el empleo y el medio ambiente.

Estos principios y objetivos son los que deben guiar la transposición de las Directivas a España. Se trata de tenerlos siempre presentes a lo largo de los diversos preceptos que vayan a redactarse, a fin de que se logre una contratación no sólo más eficiente, sino también más competitiva, más abierta y menos corrupta.

1. La competencia

La competencia, unida a la transparencia, constituyen el eje vertebral de la contratación pública. La Directiva no sólo la recoge como un principio de todas las fases de la contratación pública (por tanto, también de la ejecución), sino que aparece a lo largo de todo su articulado, bien de forma independiente o como corolario de los principios de igualdad y no discriminación.

Dentro de la competencia se encuentra el artículo 24, sobre conflicto de intereses. Y dentro de los motivos de exclusión, el artículo 57 recoge varios relativos a la protección de una libre competencia. Además, la competencia obliga a que los criterios de adjudicación sean claros y no vulneren la competencia efectiva (art. 67.4).

Es evidente que este nuevo impulso al principio de competencia debe verse reflejado asimismo en la futura ley de contratos públicos.

El TRLCSP recoge en su artículo 139 los principios de igualdad, transparencia y competencia al referirse a la adjudicación de los contratos, como antes efectuaba la Directiva 2001/18/CE. Sin embargo, la nueva Directiva de 2014 consagra estos principios de forma general y los califica como principios de la contratación. Ello supone que deben ser tenidos en cuenta en todas las fases de la contratación y no sólo en la adjudicación.

Por otra parte, el principio de competencia recibe un nuevo impulso que debe ser asimismo acogido por la normativa española. No se puede ocultar la relevancia del principio de competencia en la actualidad. Por un lado, las dificultades de detectar la corrupción, que ya de por sí se caracteriza por gestarse de forma oculta. Por otra parte, la crisis económica y financiera supone que muchos operadores *económicos* quieren optar a lo poco que se saca a licitación. ¿Eso supone que se va a ser más transparente por exigencia de las empresas de ser adjudicatarias de un contrato o pervivirá la corrupción? También en muchos casos las Administraciones públicas buscan que la ejecución de los contratos se realice por empresas territoriales de su ámbito estatal, regional o local; en definitiva, que se siga manteniendo el nivel de actividad empresarial y el empleo del respectivo territorio.

Sin embargo, las nuevas Directivas persiguen que se cree un mercado interior donde el principio de competencia sea efectivo, a cuyo efecto han adicionado no sólo el principio, sino diversas disposiciones en que se concreta la efectividad del principio de competencia.

El principio de competencia aparece, por tanto, en diversos estadios del contrato que es preciso volver a regular.

A) Fase previa

En la fase de preparación del contrato es necesario atender a los siguientes requerimientos:

- La división del contrato por lotes para evitar prácticas colusorias, que debe incorporarse a la normativa española.

Elección del procedimiento de adjudicación: donde se produce una mayor apertura hacia la negociación. Pero ésta debe ser real y no atentar contra la competencia.

Evitación de los procedimientos urgentes, que facilitan el contrato sólo para los operadores económicos previamente «avisados».

- Limitación del procedimiento negociado sin publicidad. Fijación correcta de los umbrales para que el contrato no deje de ser SARA. Clarificar la problemática del valor estimado del contrato.

Pliegos: claridad en su redacción y, asimismo, facilitación en formato electrónico a los operadores económicos. Es importante comprobar que los pliegos no puedan provocar por sí mismos situaciones de vulneración de la competencia.

Necesidad de readecuar (a las Directivas) las disposiciones sobre especificaciones técnicas a fin de que no vulneren la apertura de la contratación a la competencia.

Elaboración de documentos y proyectos por los operadores económicos que luego concurren a la licitación. Necesidad de precisar los límites, al igual que hace la Directiva.

Duración del contrato: una duración muy larga no fomenta la competencia.

B) La licitación

En primer lugar, deben tenerse en cuenta diversos aspectos sobre publicidad que están muy ligados a la competencia: a) necesidad de anuncios de licitación; y b) información que debe ofrecerse a los posibles licitadores o candidatos.

En la presentación de ofertas debe velarse por la posible realización de pactos colusorios, donde se plantea el problema de cómo regular y luego cómo ver si hay acuerdo entre los licitadores. De ahí que se permita limitar la participación en los diferentes lotes en que se divide un contrato.

Deben acogerse los diversos motivos que la Directiva contempla sobre exclusión de licitadores por prácticas contra la competencia, así como la disposición referida a los conflictos de intereses.

De las Directivas y de la jurisprudencia del TJUE se desprenden las siguientes determinaciones sobre exigencias de capacidad y solvencia técnica, financiera y profesional:

- Las exigencias deben ser adecuadas y proporcionales al objeto del contrato y a las características de la prestación.
- Excluir candidatos por exigencias «excesivas» o desproporcionadas constituye una vulneración legal. Así, puede verse la Resolución del TACRC de 23 de mayo de 2013 que estima el recurso y anula las cláusulas de un pliego por exigencias de solvencia económica y financiera excesivas. La Directiva aclara,

por ejemplo, que es desproporcionado exigir como criterio de solvencia económica un volumen global de negocios superior al doble del valor estimado.

- Diferenciar entre criterios de aptitud o solvencia y criterios de adjudicación (Resolución del TACRC de 20 de junio de 2013). En determinados casos (como ocurre en el de la Resolución citada) cabe considerar como criterio de adjudicación (oferta de mayor número de oficinas que el mínimo exigido como solvencia) lo que excede del criterio de solvencia (número mínimo de oficinas). La territorialidad no puede ser un criterio de exclusión.

Los criterios de adjudicación deben ser objetivos y, por tanto, deben favorecer la competencia efectiva (art. 67.4 nueva Directiva). Así, los criterios deben cumplir estos requisitos: a) han de ser objetivos; b) han de estar previstos en los pliegos y, además, con su ponderación; y c) han de guardar relación con el objeto del contrato.

Y la valoración se acomodará a estos imperativos: a) la valoración tiene que sujetarse a lo previsto en los pliegos; b) es preciso evitar la discrecionalidad excesiva de la Mesa de contratación; y c) la ponderación del precio debe ser adecuada: por ejemplo, la ilegalidad del «precio medio» y otras fórmulas que no priman la competencia ni valoran el esfuerzo que realizan los licitadores.

La Resolución del TACRC de 5 de junio de 2013 se refiere a criterios de adjudicación evaluables automáticamente y aquellos que no, lo que debe quedar claro en los pliegos. Además, plantea el problema de las mejoras, en relación con su consideración como criterio de adjudicación y su evaluación posterior. Por eso, para aceptar que las mejoras sean criterios de adjudicación deben estar específicamente expresadas en los pliegos, pero sobre todo deben especificar las pautas para su valoración, no sirviendo que, por ejemplo, se ponga una puntuación máxima (como los 30 puntos en el caso analizado en la Resolución citada).

Es obligado expresar la motivación de la adjudicación, a cuyo efecto cobra relieve lo dispuesto en el artículo 151.4 TRLCSP, con los límites de la confidencialidad del artículo 153 TRLCSP. La Directiva 2014/24/UE regula en similares términos a su precedente la

información a los candidatos y a los licitadores (art. 55), con la novedad de que la información se debe facilitar en el plazo de quince días.

Hay que recordar que la Ley de Transparencia y Buen Gobierno crea el Portal de Transparencia como figura diferenciada del Perfil de Contratante (art. 53 TRLCSP) y de la Plataforma de Contratación del Estado (art. 334 TRLCASP, en su redacción anterior). Y su artículo 8.1.a) establece determinadas reglas sobre publicidad de contratos

Además, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, modifica el artículo 334 TRLCSP para unificar el régimen de publicidad en la nueva Plataforma de Contratación del Sector Público (DA 3.º LGUM).

C) Colaboración con las autoridades de competencia

Es obligado cooperar con las autoridades de competencia, tal como ordena la DA 23.ª TRLCSP. Así, por ejemplo, puede tenerse en cuenta cómo la CNC impuso multas a 47 empresas del sector de la construcción por coludir en el ámbito de las licitaciones de obras públicas (año 2011), por un importe total superior a 47 millones de euros.

De la Directiva de 2014 ha desaparecido la denominada «Declaración de honor» de los licitadores de no haber participado en prácticas contrarias a la libre competencia y la promesa de no hacerlo (art. 22, sobre «Conducta ilícita», del proyecto inicial de Directiva de 2011). Ello no impide que esto se imponga en la legislación estatal o en los pliegos como obligación para los participantes en la licitación.

También deben tenerse en cuenta los diversos documentos de las autoridades de competencia estatal y autonómicas sobre competencia en la contratación pública.

2. La innovación

La innovación constituye uno de los elementos esenciales de la nueva Directiva. Es uno de sus objetivos, porque se encuentra en la órbita, que sigue la Directiva, de la Estrategia Europa 2020, que persigue un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en Europa. Y para ello es imprescindible que Europa (y por ende los Estados miembros) promueva un crecimiento inteligente donde la innovación tenga una

significación sustantiva y relevante.

La apuesta por la innovación dentro de la contratación pública ya se encontraba presente en la Directiva 2004/18/CE y, sobre todo, la Comisión Europea ha sido consciente de la importancia de la investigación y desarrollo en las políticas europeas.

La innovación aparece en el artículo 2, sobre definiciones, en su apartado 22, en los siguientes términos: «*Innovación*": *introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*».

Se trata de una apuesta de la Directiva 2014/24/UE que, por tanto, no ha tenido aún pleno cobijo en toda su extensión en el TRLCSP y que la futura ley española deberá incorporar.

La Directiva 2014/24/UE introduce importantes modificaciones a este respecto, de las que cabe ahora resaltar las más importantes:

- El propio concepto de innovación del artículo 2.22, antes transcrito.
- El artículo 14, sobre servicios de investigación y desarrollo.
- Las modificaciones introducidas en los procedimientos de adjudicación, como el diálogo competitivo y el procedimiento de licitación con negociación, y la creación de un nuevo procedimiento, como la asociación para la innovación (art. 31).

Las previsiones de la Directiva han sido objeto de desarrollo y explicación en el documento de la Comisión Europea *Guidance for Public Authorities on*

Public Procurement of Innovation, de 2014.

La compra pública innovadora tiene como documento de arranque la denominada *Guía sobre Compra Pública Innovadora*, editada por el Ministerio de Ciencia e Innovación, e informada favorablemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante Informe 37/2011, de 28 de octubre.

3. Las PYME

La Unión Europea ha resaltado la importancia de las PYME en el tejido empresarial y económico. Por ello, la contratación pública no debe ser un medio en el que una supuesta eficiencia económica suponga dejar de lado a las PYME u otorgarles un lugar subordinado.

La Directiva muestra una gran preocupación por las PYME. Se trata de que los contratos públicos, en especial los de cuantía relevante, no les queden sustraídos. Por ello se adoptan importantes medidas de protección de su participación efectiva en la licitación de contratos públicos. No se trata de favorecer a las PYME burlando los principios de igualdad, no discriminación y competencia, sino de adoptar medidas que puedan favorecer su participación en las licitaciones con posibilidades de ser adjudicatarias de los contratos que se licitan.

La exposición de motivos de la Directiva hace referencia a diversos aspectos tendentes a esta finalidad. Y recuerda el documento de trabajo de la Comisión titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», de 25 de junio de 2008.

Principalmente, se postulan las siguientes medidas:

a) División en lotes de los contratos (considerando 78 y art. 46). Además, la división del contrato en lotes constituye un instrumento de evitación de prácticas colusorias. Se exige no sólo dividir los contratos en lotes, sino también se permite limitar la participación y la adjudicación de los distintos lotes.

Proporcionalidad en la exigencia de requisitos de capacidad económica y financiera (considerando 83 y art. 38). Las exigencias deben ser proporcionales y,

además, se imponen límites para la solvencia económica y financiera (art. 38.3).

b) Reducción de cargas administrativas de la contratación (considerando 84).

c) Pagos directos al subcontratista (art. 71.3).

Así pues, todas estas medidas deben incorporarse a la normativa española. Por otra parte, la centralización de compras y servicios por parte de las Administraciones públicas conlleva en muchas ocasiones la exclusión de las PYME de la contratación, especialmente cuando agrupa a multitud de entidades, se escoge a un solo contratista para cada contrato o los contratos son de larga duración. Recientemente, las asociaciones de PYME de diversos sectores han denunciado dicha centralización, que les coloca bien al borde la exclusión o, como mal menor, en el lugar de subcontratistas de la Administración, perdiendo en muchos casos la ejecución directa de los contratos como adjudicatarias.

4. *Objetivos ambientales y sociales*

La contratación pública no es una política pública abstraída o ajena de las demás políticas públicas. Y, por tanto, puede ser un medio relevante para cumplir objetivos ambientales y sociales. La Directiva ha recogido esta preocupación y le ha dotado de singularidad en diversos momentos.

Así, dentro de los principios de la contratación, el artículo 18 recoge en su apartado 2 la garantía del control del cumplimiento de las obligaciones ambientales, sociales y laborales durante la ejecución del contrato. Y esta garantía tiene como respuesta la no adjudicación del contrato en caso de incumplimiento, tal como prevé el artículo 56.1, párrafo segundo. Pero, además, pueden ser tenidas en cuenta al controlar la ejecución del contrato (art. 70 Directiva). Otros ejemplos aparecen en el artículo 20, que se refiere a los contratos reservados a talleres protegidos u operadores económicos con fines de integración social; también en el artículo 43, sobre etiquetas ambientales o sociales, y en el artículo 62, sobre normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental.

La novedad más relevante es la incorporación como criterio de adjudicación del contrato del coste de ciclo de vida de un producto, servicio u obra (arts. 67 y 68), que se desarrollará más adelante.

Algunas de estas disposiciones provienen de la Directiva de 2004 y, por tanto, ya están previstas en gran parte en los artículos 118-120 del TRLCSP, que se refieren a estos aspectos ambientales, sociales y laborales. También el artículo 150 TRLCSP contempla dentro de los criterios de adjudicación las características ambientales o sociales.

Sin embargo, ahora la Directiva permite su control en la ejecución de todos los contratos SARA, aunque no se trate de contratos administrativos, puesto que el artículo 70 de la Directiva debe aplicarse asimismo a los contratos privados. Además, el peso de los criterios ambientales y sociales y del nuevo criterio de ciclo de vida debe ser recogido en la futura ley española.

Debe apuntarse, no obstante, el peligro de que la persecución de estos objetivos pueda ir en contra de la competencia y, por tanto, calibrar de forma adecuada su introducción.

II. ALCANCE Y ÁMBITO DE LAS DIRECTIVAS. ENCARGOS *IN HOUSE*

Bajo este amplio título cabe agrupar diversas realidades que obedecen al objetivo principal de que la Directiva se aplique a toda la contratación pública, destacando aquella que tiene un interés transfronterizo, a cuyo efecto juegan un papel decisivo los umbrales de aplicación. Sin embargo, la propia Directiva advierte que no está en su propósito ampliar el ámbito de aplicación de la anterior Directiva de 2004 (considerando 4).

Pero, a pesar de esta declaración, sí que cabe advertir la intención de la Directiva de aclarar, cuando menos, diversos conceptos que permitan evitar aquellas conductas que, como se ha ido viendo a lo largo de los años precedentes, pretenden escapar del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

Por un lado, desaparece la división entre servicios **A** y **B**. Estos servicios pasan a estar incluidos en la Directiva, aunque en algunos casos con una regulación especial, como ocurre con los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos (arts. 74-77). Hay, así pues, una ampliación de la Directiva.

Pero, además, la Directiva no se limita sólo a los aspectos de la preparación y

adjudicación del contrato, sino que por primera vez entra en la ejecución del contrato, materia que hasta ahora había quedado fuera del Derecho de la UE. Tres son los aspectos de ejecución que aparecen regulados: a) condiciones de ejecución del contrato (art. 70); b) subcontratación (art. 71); y c) modificación del contrato (art. 72).

Dentro de las exclusiones de aplicación de la Directiva aparece una nueva regulación de los denominados contratos o encargos *in house* (art. 12), que sobre todo pretende incorporar aclaraciones derivadas de la jurisprudencia del TJUE, tal como advierte el apartado 10 de la exposición de motivos. El citado artículo 12 lleva como título el de contratos entre entidades del sector público y, en definitiva, excluye de la aplicación de la Directiva la actuación de las entidades del sector público por medio de entes propios e instrumentales siempre que se cumplan los requisitos de la Directiva.

La Directiva regula, en primer lugar, el supuesto clásico de encomienda por el poder adjudicador a un medio propio e instrumental. La adición más importante consiste en que se exige el cumplimiento de los tres requisitos (de todos ellos) y, además, se especifican algunos aspectos, principalmente que el ente instrumental realice el 80% de sus actividades para el poder adjudicador (apartado 1). La Directiva explica cómo se calcula dicho 80% (apartado 5).

Además, se contempla la posición inversa de que el ente instrumental encomiende una actividad al poder adjudicador, es decir, el encargo se efectúa a favor del poder adjudicador (apartado 2).

Así, también se prevé el supuesto de actuación de varios poderes adjudicadores que tienen de forma conjunta el control sobre un medio propio o instrumental de todos ellos. Los requisitos vienen a ser los mismos que los del caso de control individual de un solo poder adjudicador. Y la Directiva especifica lo que significa un control conjunto.

Por último, el apartado 4 de este artículo 12 regula los contratos celebrados entre poderes adjudicadores. Los mismos quedan fuera del ámbito de la Directiva cuando se den las circunstancias señaladas en dicho precepto, muy similares a las antes transcritas.

Como puede verse de la lectura de este precepto de la Directiva, su transposición exige un cambio inmediato de lo dispuesto en los artículos 4.1.n) y 26.4 del TRLCSP. Por un

lado, debe reducirse a sus justos límites la actividad de los entes instrumentales para que no quede excluida de la aplicación de las Directivas. Por otro, se regulan las encomiendas de los entes instrumentales a los poderes adjudicadores. Y, en tercer lugar, se abre una nueva regulación a los contratos (ahora si se quiere convenios) entre Administraciones públicas.

III. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. *Los procedimientos de adjudicación*

Se introducen importantes cambios respecto de los procedimientos de adjudicación. Principalmente, las novedades de la Directiva son las siguientes:

- a) Se pretende flexibilizar y simplificar los procedimientos de adjudicación. Y, asimismo, se potencia el uso de medios electrónicos, en especial la presentación telemática de solicitudes.
- b) Se añade un nuevo procedimiento: asociación para la innovación.
- c) Se incentiva la negociación. Se considera que los procedimientos con negociación son especiales, pero no excepcionales: diálogo competitivo y procedimiento de licitación con negociación. Estos dos procedimientos de negociación se ponen al mismo nivel.
- d) La denominación de procedimiento negociado con publicidad (así como su regulación) se sustituye por la de procedimiento de licitación con negociación.
- e) Se mantiene como único procedimiento excepcional el procedimiento negociado sin publicación previa.
- f) La regulación de los procedimientos especiales del diálogo competitivo y procedimiento de licitación con negociación se acercan al procedimiento restringido.
- g) Se mantienen las técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada: acuerdos-marco, sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas y

centrales de contratación, figuras ya previstas en el TRLSCP (art. 148, sobre subastas electrónicas, y arts. 196 a 207, sobre los otros tres instrumentos). Se añaden ahora en la Directiva los catálogos electrónicos (art. 36), la compra pública esporádica (art. 38) y la compra con intervención de poderes adjudicadores de distintos Estados miembros (art. 39).

Por tanto, en la nueva Directiva de 2014 la clasificación de los procedimientos de adjudicación es la siguiente:

- a) Procedimientos ordinarios: abierto y restringido.
- b) Procedimientos especiales y con negociación: diálogo competitivo, procedimiento de licitación con negociación y asociaciones para la innovación.
- c) Procedimiento excepcional: procedimiento negociado sin publicación previa.

IV. EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.

La Directiva ha introducido importantes cambios en relación con el desarrollo del procedimiento de adjudicación.

- a) Consultas al mercado (art. 40)
- b) Publicidad de licitaciones. (art. 48.2)
- c) Criterios de selección y motivos de exclusión (art. 56)
- d) Criterios de adjudicación del contrato (67,68 , 89 y 90)
- e) Ofertas anormalmente bajas(art. 69)
- f) F) Publicidad de la adjudicación.
- g) Regímenes específicos (Anexo XIV, 73, 7677)

V. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

1.- El cumplimiento de las obligaciones impuestas para su ejecución (art. 70)

Subcontratación (art. 71)

Modificación (art. 72)

Resolución (art. 73)

VI. SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS.

(art. 83)

VII. GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

La gestión de los servicios públicos plantea diversos problemas que hoy en día se han visto acrecentados por la aprobación de las nuevas Directivas sobre contratos públicos y concesiones.

La gestión de los servicios públicos tiene, por fin, que encarar la aprobación del nuevo marco europeo. Si hasta ahora había quedado, al menos parcialmente, fuera del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, en el futuro también se le va a aplicar la Directiva de contratos de concesión (Directiva 2014/23/UE).

El TRLCSP ha mantenido la figura del contrato de gestión de servicios públicos, cuyo concepto se caracteriza por su gran indefinición (art. 8 TRLCSP). Ya desde el primer momento se han planteado problemas respecto de su distinción con los contratos de servicios, puesto que la jurisprudencia comunitaria ha ido ofreciendo criterios de delimitación entre los contratos de servicios y las concesiones, siendo indiferente el hecho que se trate o no de la gestión de servicios públicos. Por otra parte, los modos de gestión de los servicios públicos, incluso los directos, tampoco han escapado del examen del TJUE, con motivo de las encomiendas o encargos *in house*.

1. Los modos de gestión de los servicios públicos: gestión directa

Tradicionalmente se ha venido diferenciando entre los modos de gestión directa o indirecta de los servicios públicos, de los que es buen ejemplo la normativa local; así, el artículo 85 de la LRBRL. Como señala este precepto, la gestión directa se encuentra excluida de la normativa contractual, por entender que la realiza directamente la propia entidad local. Por el contrario, la gestión indirecta se remite al contrato de gestión de servicios públicos previsto y regulado en el TRLCSP.

Sin embargo, esto no es así, dado que también la gestión directa puede estar sometida a la normativa comunitaria sobre contratación pública cuando no se encuentra incluida dentro del supuesto de excepción previsto en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE. Ya más arriba he advertido cómo este precepto introduce nuevos límites a la posible exclusión de su aplicación respecto de estos encargos a entes que sean medios técnicos y propios. También la Directiva sobre concesiones se refiere en su artículo 17 a estos supuestos de gestión directa por medios propios.

Por tanto, deben tenerse en cuenta estos nuevos límites a los efectos de establecer de forma correcta la utilización de esta vía y, por tanto, la exclusión de la aplicación de las normas sobre contratación pública.

Cualquier adjudicación (encargo) que se produzca fuera de estos estrictos límites constituye una vulneración grave del Derecho de la UE, por cuanto que supondrá la adjudicación de un contrato a un operador económico sin seguirse los procedimientos dispuestos en ambas Directivas y, sobre todo, sin la publicidad necesaria.

2. Gestión indirecta: concesiones y contratos de servicios

Los servicios públicos también pueden ser objeto de gestión indirecta, que se realiza por medio de un contrato. Dicho contrato, según la normativa española (TRLCSP), es un contrato de gestión de servicios públicos, categoría desconocida en el Derecho sobre contratación pública de la UE. Según éste, el contrato de gestión de servicios públicos puede ser bien un contrato de servicios o bien una concesión.

La regulación del TRLCSP está absolutamente en línea con lo dispuesto en la LRBRL, como puede verse no sólo por lo dispuesto en el artículo 8, sino también y de forma más concreta por el contenido de sus artículos 275 y 277. Además, contiene disposiciones dedicadas de forma específica a estos contratos, que asimismo están sometidos al recurso especial en materia de contratación pública (no a la cuestión de nulidad).

De ahí que en numerosas ocasiones se haya planteado la distinción entre contratos de servicios y concesiones para ver en cuál de estas categorías

comunitarias encaja un supuesto concreto de contrato de gestión de servicios públicos Y las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa continúan ocupándose de forma reiterada de esta cuestión".

La distinción es trascendental no sólo por la aplicación de un régimen normativo material u otro (el de los contratos de servicios o el de las concesiones), sino también por su sometimiento con diferentes criterios al control por parte de los tribunales administrativos sobre contratación pública.

No pueden negarse los problemas que pueden derivarse de la transposición de las Directivas en este punto, tal como señala de forma muy crítica M. FUERTES LÓPEZ. Sin embargo, el Derecho español no puede estar en contradicción con el Derecho de la UE en este aspecto trascendental, más aún cuando ya se ha aprobado la Directiva sobre concesiones.

Así pues, las Directivas europeas diferencian varios supuestos de gestión de servicios públicos:

- a) Servicios públicos no económicos de interés general. Quedan excluidos de las Directivas.
- b) Servicios públicos económicos calificados como contratos de servicios. Se rigen por la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, aquí la Directiva regula de forma diferenciada los servicios sociales.
- c) Servicios públicos económicos calificados como concesiones. Se rigen por la Directiva 2014/23/UE

A) Los contratos de servicios

La Directiva 2014/24/UE regula de forma detallada la preparación y adjudicación de estos contratos, que se encuentran totalmente sometidos a ella, cuando superen el umbral comunitario (130.000 euros para poderes adjudicadores centrales y 207.000 para los subcentrales).

Por otra parte, ha incorporado una nueva regulación sobre determinados contratos

de servicios, como son los relativos a servicios sociales y otros fines específicos, suprimiendo la división entre los Anexos A y B, ya expuesta más arriba.

B) La concesión

Las dificultades para la aprobación de la Directiva 2014/23/UE se vislumbran ya desde sus primeros preceptos, donde se resalta la libertad de administración de las autoridades públicas (art. 2) y la libertad de definir los servicios de interés económico general (art. 4), así como en el amplio número de exclusiones que se contemplan (arts. 10-17).

La Directiva ofrece el concepto de concesión de servicios (también el de concesión de obras, que ahora se regula en esta Directiva). Su artículo 5.1.b) la define en los siguientes términos: «*Concesión de servicios*": un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago».

La característica principal de las concesiones y la que las diferencia de los contratos de servicios es la contrapartida y no el modo de gestión. Esto es algo que ya venía ofreciendo la Directiva 2004/18/CE para las concesiones de servicios (art. 1.4 de esta Directiva de 2004) y, por tanto, en este punto la modificación es nula.

La diferencia principal viene dada por la asunción de la doctrina del TJUE que ha venido perfilando un concepto más estricto de concesión, a fin de evitar que muchos contratos de servicios sean calificados de forma errónea como concesiones.

La exposición de motivos de la Directiva de concesiones, en sus considerandos 18 a 20, recoge y explica dicha jurisprudencia. Por ello se ofrece una importante aclaración al concepto, que matiza de forma muy importante, de modo que muchos contratos, a pesar de la contrapartida (ya no digamos de la forma de gestión), van a ser contratos de servicios y no concesiones (contratos de gestión de servicios públicos, en la denominación del TRLCSP). Y el concepto nuevo que se adiciona es el de riesgo operacional. El segundo apartado del artículo 5.1.b) dice que «*La adjudicación*

de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable»

Se fija un único (en las propuestas se preveían varios umbrales) umbral por importe de 5.186.000 euros (art. 8).

El régimen material a que se somete a las concesiones es el siguiente:

- a) Principios de adjudicación: se han de respetar los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad (art. 3).
- b) La duración de la concesión debe ser limitada, haciéndose referencia a un plazo de cinco años, a partir del cual debe justificarse otra duración en función de la amortización de la inversión (art. 18).
- c) Se establece la libertad de elección del procedimiento de adjudicación (art. 30), siempre que se respeten los principios de contratación. Por tanto, la Directiva 2014/23/UE no se refiere a los procedimientos de adjudicación como la Directiva 2014/24/UE.
- d) La publicidad tiene como primera manifestación los anuncios de concesión (art. 30). Se prevén dos tipos de publicidad: anuncio de licitación (apartado 1), con la excepción de los casos de solicitudes o propuestas inadecuadas (apartado 5), y anuncio de información previa para los servicios sociales y demás servicios del Anexo IV (apartado 3). Además, no puede exigirse publicidad previa en los casos del apartado 4 (que se asemejan a los del procedimiento negociado).
- e) La segunda manifestación de la publicidad es el anuncio de adjudicación, que es obligado en todo caso, aunque para los supuestos de concesiones de servicios

sociales y otros servicios del Anexo IV pueden ser agrupados trimestralmente.

f) Se establecen criterios de selección de los concesionarios (art. 38) y criterios de adjudicación (art. 41); estos últimos de forma totalmente abierta y, además, con previsiones específicas para el caso de innovación (art. 41).

g) También la ejecución de la concesión recibe regulación: sub-contratación (art. 42), modificaciones (art. 43) y resolución (art. 44).

La propuesta que cabe elevar en este punto es la de suprimir el contemplar un único contrato de concesión de servicios, cuando haya transferencia de riesgo operacional. En otro caso será un contrato de servicios.

3. Concesión de servicios y recursos especiales

La Directiva de concesiones incluye a las concesiones de servicios dentro del ámbito de aplicación de las Directivas de recursos, para lo cual modifica estas Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE. Así pues, las concesiones (aquí contratos de gestión de servicios públicos) que superen el umbral podrán ser impugnadas por la vía de los recursos especiales, precontractual y contractual, ante los tribunales administrativos especializados.

El problema se plantea respecto de la elevada cuantía del umbral. La transposición directa de la Directiva de concesiones supondría un paso atrás en el conocimiento por parte de los tribunales administrativos de los recursos especiales en materia de contratación pública, dado que en la actualidad dicho límite viene fijado en el importe de 500.000 euros de presupuesto de gastos de primer establecimiento (al que debe añadirse el segundo requisito de que la concesión exceda de cinco años).

Por tanto, lo conveniente sería ampliar las competencias de los tribunales administrativos por debajo de los umbrales comunitarios y, en ese caso, mantener, cuando menos, el importe del contrato de servicios (y además como único requisito) para acceder al recurso especial.

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE DEL 6 DE OCTUBRE
DE 2015 CONSORCI SANITARI DEL MARESME (C-203/14)
SEGÚN EL CUAL LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PUEDEN
PARTICIPAR EN LICITACIONES, Y PUEDEN Y DEBEN SER
ADMITIDAS EN LAS LISTAS OFICIALES DE EMPRESARIOS,
PROVEEDORES O PRESTADORES DE SERVICIOS OFICIALES**

Belén López Donaire

**Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha**

Fecha de finalización de trabajo: 19 de octubre de 2015

1. ANTECEDENTES

El asunto C 203/14 tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, en virtud del artículo 267 TFUE, por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, mediante resolución de 25 de marzo de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 23 de abril de 2014, en el procedimiento entre Consorci Sanitari del Maresme y Corporació de Salut del Maresme i la Selva, relativo a una resolución por la que se denegó al Consorci la autorización para participar en un procedimiento de licitación para la adjudicación de servicios de resonancia magnética destinados a los centros de atención médica gestionados por la Corporació.

El Consorci Sanitari del Maresme solicitó participar en el procedimiento de licitación convocado para la adjudicación de servicios de resonancia magnética destinados a los centros sanitarios gestionados por la Corporació de Salut del

Maresme i la Selva. Los pliegos de condiciones de esta licitación exigían que los licitadores acreditaran su capacidad para contratar presentando un certificado de «clasificación».

La mesa de contratación, al proceder a la apertura de proposiciones, constató que el Consorci Sanitari del Maresme no había presentado el certificado exigido y le requirió para que lo aportara. El Consorci Sanitari del Maresme no aportó este certificado, pero presentó una declaración de compromiso de adscripción de medios procedentes de una sociedad mercantil y una declaración que certificaba su condición de entidad pública. En este contexto, el 28 de noviembre de 2013 la entidad adjudicadora notificó al Consorci Sanitari del Maresme su exclusión del procedimiento por no haber subsanado en tiempo y forma los defectos detectados en la documentación presentada.

El 10 de diciembre de 2013, el Consorci Sanitari del Maresme interpuso ante el órgano remitente un recurso especial en materia de contratación contra la decisión de la entidad adjudicadora, en el que alegaba que, en su carácter de administración pública, el requisito de clasificación empresarial no le era aplicable y solicitaba, por una parte, su admisión en el procedimiento de licitación y, por otra, la suspensión de dicho procedimiento.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 8, y 52 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 (DO L 134, p. 114).

Dadas estas circunstancias, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- Si de conformidad con la Directiva 2004/18, las administraciones públicas deben entenderse como entidades públicas.

-En caso afirmativo, si de conformidad con la Directiva 2004/18, las administraciones públicas deben entenderse como operadores económicos y, por tanto, pueden participar en licitaciones públicas.

-En caso afirmativo, si de conformidad con la Directiva 2004/18, las administraciones públicas pueden y deben ser admitidas a listas oficiales de empresarios, proveedores o prestadores de servicios autorizados o a certificación por parte de organismos de certificación públicos o privados y que dentro del Derecho español se conoce como sistema de clasificación empresarial.

-Si de conformidad con la citada Directiva 2004/18, se ha producido una incorrecta trasposición de la Directiva a la normativa nacional española, Real Decreto Legislativo 3/2011, y si se da este caso, que determine si el legislador español ha limitado con los artículos 62 y 65 del citado Real Decreto Legislativo el acceso de las administraciones públicas a los registros de clasificación empresarial.

- En caso que las administraciones públicas puedan participar en licitaciones pero no puedan ser admitidas a clasificación empresarial, de conformidad con la Directiva 2004/18, medios para acreditar su aptitud para contratar.

2. OBJETO DE DEBATE

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 6 de octubre de 2015 da respuesta a cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas.

A las cuestiones primera y segunda, que examina conjuntamente el TJUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 8, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «operador económico» utilizado en el párrafo segundo de este apartado incluye a las administraciones públicas y si éstas últimas pueden participar, como operadores económicos, en licitaciones públicas.

A este respecto, la sentencia señala que, como se desprende del considerando 4 de la Directiva 2004/18, que menciona expresamente a la posibilidad de que un «organismo de derecho público» participe como licitador en un procedimiento de

adjudicación de un contrato público, y del artículo 1, apartado 8, de dicha Directiva, que reconoce expresamente la condición de «operador económico» a toda «entidad pública», la Directiva 2004/18 no excluye que las administraciones públicas puedan participar en las licitaciones.

Por otra parte, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución de ese contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de que opere sistemáticamente en el mercado o sólo intervenga con carácter ocasional, o de que esté o no subvencionada con fondos públicos².

En la medida en que determinadas entidades estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, aunque sea ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles que participen en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios.

Por consiguiente, la sentencia responde a las cuestiones primera y segunda señalando que el artículo 1, apartado 8, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «operador económico» utilizado en el párrafo segundo de ese apartado incluye a las administraciones públicas, que pueden por tanto participar en licitaciones públicas en la medida en que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso.

Sobre la tercera cuestión, la sentencia responde que el artículo 52 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, aunque establece ciertos requisitos en lo referente a la determinación de las condiciones de inscripción de los operadores económicos en las listas oficiales nacionales y en cuanto a la certificación, no determina exhaustivamente las condiciones de inscripción de esos operadores económicos en las listas oficiales nacionales ni las condiciones en que pueden solicitar la certificación, ni tampoco los derechos y obligaciones de las entidades públicas a este respecto. En cualquier caso, la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual, por una parte, las administraciones públicas nacionales autorizadas a ofrecer las obras, los productos o los servicios mencionados en el anuncio de

² Véanse las sentencias CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, apartado 42, y, en el mismo sentido, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, apartado 35.

licitación del contrato público de que se trate no pueden inscribirse en esas listas o recibir esa certificación, mientras que, por otra parte, el derecho de participar en la referida licitación queda reservado únicamente a los operadores económicos inscritos en esas listas o que dispongan de esa certificación.

Sobre la cuarta cuestión la sentencia señala que procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, no corresponde al Tribunal de Justicia, en el marco de un procedimiento prejudicial, apreciar la conformidad de una normativa nacional con el Derecho de la Unión ni interpretar disposiciones legales o reglamentarias nacionales³.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a la cuarta cuestión.

Sobre la quinta cuestión, la misma no cumple los requisitos establecidos en el artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en virtud del cual la petición de decisión prejudicial debe contener la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.

A la vista de estas circunstancias, declara la inadmisibilidad de la quinta cuestión.

Por último, la Sentencia en el caso del Consorci Sanitari del Maresme era esperada por un tema accesorio en apariencia. Aunque el fondo del asunto es una cuestión de contratación administrativa, la cuestión prejudicial había sido planteada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, es decir por un órgano administrativo. Analiza el TJUE, si el mismo es competente para dar respuesta a una cuestión planteada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público o, en otras palabras, si los tribunales/órganos administrativos de recursos contractuales, se encuentran legitimados para presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE. La respuesta es afirmativa. El TJUE acepta esa condición en el órgano citado y admite la cuestión prejudicial si bien recuerda que el concepto de "órgano jurisdiccional nacional" es un concepto del Derecho de la Unión, que no puede ser delimitado a nivel nacional y que descansa en indicios

³ Véase, entre otras, la sentencia Ascafor y Asidac, C 484/10, EU:C:2012:113, apartado 33 y jurisprudencia citada).

tales como la creación legal del órgano, su independencia -sin que pueda recibir instrucciones de ninguna clase- y la estabilidad de sus miembros

3. CONCLUSIONES

La Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 6 de octubre de 2015 resulta sin duda relevante y puede tener en el ámbito nacional importantes consecuencias para las Administraciones Públicas.

Las Administraciones Públicas pueden participar en licitaciones, y pueden y deben ser admitidas en las listas oficiales de empresarios, proveedores o prestadores de servicios oficiales. El artículo 1, apartado 8, de la Directiva 2004/18/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «operador económico» utilizado en el párrafo segundo de ese apartado incluye a las administraciones públicas, que pueden por tanto participar en licitaciones públicas en la medida en que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso.

El artículo 52 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, aunque establece ciertos requisitos en lo referente a la determinación de las condiciones de inscripción de los operadores económicos en las listas oficiales nacionales y en cuanto a la certificación, no determina exhaustivamente las condiciones de inscripción de esos operadores económicos en las listas oficiales nacionales ni las condiciones en que pueden solicitar la certificación, ni tampoco los derechos y obligaciones de las entidades públicas a este respecto. En cualquier caso, la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional [ver nota 4] con arreglo a la cual, por una parte, las administraciones públicas nacionales autorizadas a ofrecer las obras, los productos o los servicios mencionados en el anuncio de licitación del contrato público de que se trate no pueden inscribirse en esas listas o recibir esa certificación, mientras que, por otra parte, el derecho de participar en la referida licitación queda reservado únicamente a los operadores económicos inscritos en esas listas o que dispongan de esa certificación.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA Nº 214/2015 DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL, DE 22 DE OCTUBRE DE 2015: NULIDAD DE
PRECEPTO LEGAL AUTONÓMICO QUE REQUIERE
AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA QUE LOS AGENTES
FORESTALES ACCEDAN A MONTES DE TITULARIDAD PRIVADA**

Roberto Mayor Gómez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: Diciembre de 2015

1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Nº 214/2015 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 22 DE OCTUBRE DE 2015.

En la sentencia n.º 214/2014 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 22 de octubre de 2015 (Ponente: Ollero Tassara, Andrés), se estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra un precepto autonómico, en concreto, el artículo 9 de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de medidas urgentes de modernización del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid⁴, que introduce un nuevo primer párrafo en el apartado 3 del artículo 100 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, forestal y de protección de la naturaleza de la Comunidad de Madrid con la siguiente redacción:

(4) Este precepto no llegó a entrar en vigor, al haber sido recurrido por el Presidente del Gobierno invocando el artículo 161.2 de la Constitución y haber confirmado posteriormente el Tribunal Constitucional el mantenimiento de la suspensión.

“Los Agentes Forestales requerirán de autorización judicial para acceder a montes o terrenos forestales de titularidad privada, salvo que el acceso se produzca con ocasión de la extinción de incendios forestales.”

La novedad de la reforma autonómica, y que es objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, consiste en condicionar o limitar las potestades de acceso de los agentes forestales a montes y terrenos forestales de titularidad privada, con la única excepción del supuesto de acceso para la extinción de incendios forestales, en el que no necesitarán la autorización judicial.

Por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Presidente del Gobierno, se alega la inconstitucional del nuevo texto del apartado 3 del artículo 100 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, forestal y de protección de la naturaleza de la Comunidad de Madrid, en la medida que invadiría las competencias estatales reconocidas en el art. 149.1.5 y 23 de la Constitución Española, y resultaría contrario a lo establecido por el Estado en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes. En definitiva, a su juicio, entraría en contradicción con la legislación básica estatal, y no respetaría el marco de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Por su parte, por la representación procesal de la Asamblea y el Gobierno de la Comunidad de Madrid se alega que el art. 58.3 a) de la Ley de montes no podría considerarse como norma materialmente básica, pues su contenido resulta excesivo, al impedir al legislador autonómico cualquier tipo de desarrollo razonable, que además excede del ámbito material comprendido como legislación básica conforme al artículo 149.1.23 CE, y que además requerir de los agentes forestales, funcionarios de la Administración autonómica, que recaben la correspondiente autorización judicial para acceder a montes y terrenos forestales de titularidad privada, no supone ni la creación de una función judicial nueva, ni una atribución extraordinaria de competencias a los Jueces y Tribunales más allá de lo previsto en la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional, en primer lugar, considera que la normativa básica estatal de referencia, constituida por la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de

montes, es básica en sentido formal, ya que se aprueba por una ley que atribuye expresamente este carácter en el apartado 1 de la disposición final segunda de dicha norma, y ostenta igualmente la condición de norma básica en sentido material atendiendo al título competencial de referencia, que en el presente caso estaría representado por la competencia exclusiva que se atribuye al Estado en materia de legislación básica sobre montes y aprovechamientos forestales (art. 149.1.23 in fine CE), que integra una vertiente de protección del medio ambiente⁵.

Por ello, para el Tribunal Constitucional el precepto impugnado incurre en un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta, por vulneración de la legislación básica dictada al amparo de la competencia estatal en materia de montes y aprovechamientos forestales (artículo 149.1.23 CE), en concreto, infringe el art. 58.3 a) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, en la redacción dada por el apartado 34 del artículo único de la Ley 10/2006, de 28 de abril, que establece que los funcionarios que desempeñen funciones de policía administrativa forestal, por atribución legal o por delegación, tienen la condición de agentes de la autoridad y están facultados para *“entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en los lugares sujetos a inspección y a permanecer en ellos, con respeto, en todo caso, a la inviolabilidad del domicilio. Al efectuar una visita de inspección, deberán comunicar su presencia a la persona inspeccionada o*

(5) El propio Tribunal Constitucional al enjuiciar la impugnación de diversos preceptos de la Ley 43/2003, de montes, en la **STC 49/2013, de 28 de febrero** declaró que: *“para determinar cuál es la materia y, por tanto, el título competencial de referencia es necesario atender tanto a la finalidad como al contenido de la norma o, dicho de otra forma, a las técnicas legislativas utilizadas para alcanzar dicha finalidad (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 4). En aplicación de esta doctrina, el título competencial preferente y más específico desde el que ha de juzgarse la ley impugnada, cuyo objeto es la regulación del régimen jurídico de los montes públicos y privados, es el referido a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación básica sobre montes y aprovechamientos forestales (art. 149.1.23 in fine CE), ello sin perjuicio de que exista una vertiente ambiental integrada en este título competencial sectorial» (STC 49/2013, FJ 5; doctrina reiterada por la STC 84/2013, de 11 de abril, FJ 2).”*

*a su representante, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones”.*⁶

Para el Tribunal Constitucional la regulación establecida en la normativa estatal en el artículo 58.3 a) de la Ley 43/2003, de montes, tiene por finalidad la conservación y protección del ecosistema forestal, siendo su fundamento facilitar la defensa del interés general de conservación del medio natural, expresado tanto en la legislación estatal sobre montes como en la autonómica. En consecuencia, la finalidad esencialmente preventiva, pero también disuasoria y represiva, de la previsión que se contiene en el art. 58.3 a) de la Ley de montes configura este precepto en el ámbito de la competencia exclusiva estatal para establecer la legislación básica en materia de montes y aprovechamientos forestales (art. 149.1.23 CE).

Una vez declarada la naturaleza básica del art. 58.3 a) de la Ley 43/2003, de montes, el Tribunal Constitucional considera que la norma autonómica resulta ser inconstitucional por incurrir en una incompatibilidad con dicho precepto de un modo insalvable, pues la norma autonómica de la Comunidad de Madrid va más allá del mero respeto a la inviolabilidad domiciliaria reconocida constitucionalmente, que es el concepto recogido en el precepto estatal, y perjudica la defensa del interés general de conservación y protección del ecosistema forestal, ya que restringe de forma injustificada las facultades de los agentes forestales para ejercer eficazmente sus facultades, que no son solo de carácter represivo o sancionador, vinculadas a las funciones de policía administrativa especial que responden al objetivo de vigilancia y protección del medio natural, sino también de carácter preventivo, relacionadas con la defensa y

(6) En relación con la doctrina sobre la inconstitucionalidad mediata o indirecta de las leyes, el Tribunal Constitucional tiene declarado que: *“para que dicha infracción constitucional exista será necesaria la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa”* (por todas, **SSTC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 3, y 162/2014, de 7 de octubre, FJ 3**).

prevención de los ecosistemas forestales contra el riesgo de incendios, las plagas y enfermedades, el uso indebido o cualquier otra causa que amenace a dichos ecosistemas.

Asimismo el Tribunal Constitucional afirma que la exigencia, en todo caso, de autorización judicial para el acceso de los agentes forestales a montes o terrenos forestales de titularidad privada, que imponía el precepto autonómico impugnado, no se correspondería con la cautela del debido respeto a la inviolabilidad domiciliaria que contiene la norma básica.

Por todo lo anterior, la sentencia judicial establece que la norma autonómica impugnada ha invadido la competencia estatal para dictar la legislación básica sobre montes y aprovechamientos forestales (art. 149.1.23 CE), lo que conduce a declarar su inconstitucionalidad y nulidad por este motivo del artículo 9 de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de medidas urgentes de modernización del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, que introduce un primer párrafo primero en el apartado 3 del art. 100 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, forestal y de protección de la naturaleza de la Comunidad de Madrid

2. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE INVOLABILIDAD DOMICILIARIA EN EL MONTE O PREDIO FORESTAL

En esta sentencia el Tribunal Constitucional delimita y define el concepto de domicilio a efectos de la protección constitucionalmente reconocida, excluyendo que, como regla general o abstracta, pueda incluirse dentro del mismo el monte o predio forstal, al declarar que *“en principio, un monte o terreno forestal, en cuanto espacio abierto o al aire libre, no puede calificarse de domicilio en sentido constitucional: aquel en el que, sin el permiso del quien lo ocupa (y dejando aparte los supuestos de flagrante delito y estado de necesidad), solo puede entrarse con autorización judicial, de conformidad con el art. 18.2 CE”*.

En todo caso, ello no quiere decir que no existan límites en el acceso a montes o predios forestales para los agentes medioambientales ya que debe concurrir una finalidad de defensa del interés general de protección del ecosistema forestal, como expresamente se contempla en la Ley de Montes estatal, y además todo ello es sería sin perjuicio que *“dentro de un monte o predio forestal, que*

constituye sin duda un espacio abierto, excluido como tal de la garantía constitucional de la inviolabilidad domiciliaria, pueda encontrarse un espacio físico susceptible de merecer la calificación e domicilio a efectos del art. 18.2 CE; así ocurrirá en cuanto sirva de morada o habitación de una persona física en al que esta desarrolla su vida privada, incluso si es de forma esporádica”, en cuyo caso el acceso de los agentes medioambientales para el ejercicio y desarrollo de sus funciones deberá contar con el consentimiento del titular o con una autorización judicial de entrada, de acuerdo con el artículo 18 de la Constitución Española.

3. CONCLUSIONES

Esta sentencia judicial, sin duda, aportará una mayor seguridad y garantía jurídica a los agentes medioambientales quienes dentro de las competencias asignadas, en el ejercicio de sus funciones, y en aras de la protección del medio ambiente, como regla general no tendrán vedada la entrada en montes o predios forestales, en tanto la limitación que se contiene en el artículo 18 CE quedará limitada únicamente al espacio físico o edificio susceptible de merecer la calificación de domicilio a efectos del art. 18.2 CE que se encuentre dentro de una finca forestal.

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA 216/2015 DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL, DE 22 DE OCTUBRE DE 2015:
CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL
SEGUNDA DE LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE
FLEXIBILIZACIÓN Y FOMENTO DEL MERCADO DEL ALQUILER
DE VIVIENDAS**

Roberto Mayor Gómez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: Diciembre de 2015

1. ANTECEDENTES

En los órganos judiciales del orden contencioso administrativo de toda España se han generado en los últimos años cientos de procedimientos judiciales por demandas de particulares afectados por la denegación de la prórroga o renovación de la subsidiación de préstamos convenidos para la adquisición de viviendas de protección oficial que se contenían en distintos planes estatales de vivienda y rehabilitación, y que suponían unas ayudas económicas a los adquirentes de viviendas protegidas, formada por préstamos convenidos con condiciones y tipos de interés privilegiados, por subsidiaciones de las cuotas de dichos préstamos y por ayudas directas.

Se trataba de ayudas a la adquisición de viviendas de protección oficial, que tenían su cobertura o reconocimiento en distintos planes estatales de vivienda⁷, y en las que se concedían ayudas por 10 años, debiendo solicitar transcurridos 5 años la renovación de la ayuda, acreditando que concurrían los requisitos para el mantenimiento de la misma, originándose el conflicto judicial como consecuencia de la supresión sobrevenida de las ayudas de subsidiación de préstamos por la

7 Plan de Vivienda 2002-2005 (Real Decreto 1/2002, de 11 de enero), Plan de Vivienda 2009 -2012 (Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre)

normativa estatal, lo que implicaba para los afectados, aproximadamente unas 300.000 personas, un incremento de la cuota entre 90 y 300 euros mensuales⁸, ya sea de forma fija o porcentual, dependiendo del Plan de Vivienda que fuera de aplicación.

La subsidiación de créditos convenidos tiene un funcionamiento complejo que implica la intervención de la Administración Estatal, como titular del crédito para la financiación de las subsidiaciones, y las Comunidades Autónomas, como organismo gestor de las ayudas, y así, con carácter general el procedimiento o tramitación es el siguiente: el particular que adquiere una vivienda protegida se dirige a su Comunidad Autónoma solicitando un préstamo convenido y la subsidiación correspondiente; la Comunidad Autónoma dicta y notifica la resolución administrativa por la que se le reconoce el derecho a obtener el préstamo y la subsidiación correspondiente, siempre que concurren todos los requisitos exigidos en la normativa de aplicación; con esa resolución administrativa el particular tiene que acudir a la entidad de crédito correspondiente, quien a su vez debe solicitar autorización del Ministerio de Fomento y solo después de obtenida la autorización es posible la formalización del préstamo; finalmente la subsidiación se materializa a través de descuentos en las cuotas que la entidad de crédito realiza al beneficiario y que después le son reembolsados por el Ministerio de Fomento.

En el año 2012, el Estado, en el marco de las competencias que le atribuye el artículo 149.1.8 de la Constitución Española y teniendo en cuenta que el crédito para la financiación de las subsidiaciones es estatal y como tal se recoge en los Presupuestos Generales del Estado, dictó el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuyo artículo 35 declaraba que *“A partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley quedan suprimidas las ayudas de subsidiación de préstamos contenidas en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012. Así mismo no se*

⁸ Según los datos facilitados por la Asociación de afectados por la supresión de la subsidiación de préstamos VPO: <https://subsidiacion.wordpress.com/>

reconocerán aquellas solicitudes que estén en tramitación y que no hayan sido objeto de concesión por parte de la Comunidad Autónoma”.

A la vista de su redacción, por la mayor parte de las Administraciones Públicas se interpretó que desde la entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley, 15 de julio de 2012, quedaban suprimidas las ayudas a la subsidiación de los préstamos del Plan 2009-2012, pero no las ampliaciones de ayudas de préstamos de planes anteriores, como, por ejemplo, aquellas que derivasen del Plan 2005-2008, ni los anteriores. Ante las dudas interpretativas que se estaban produciendo, el Ministerio de Fomento dictó un criterio de interpretación para la aplicación del artículo 35 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que fue remitido a las Comunidades Autónomas, lo que determinó que por éstas se empezasen a notificar a los interesados resoluciones administrativas denegatorias sobre la prórroga o renovación de la subsidiación de préstamos convenidos para la adquisición de viviendas de protección oficial que se contenían en los planes estatales de vivienda y rehabilitación para el periodo 2009-2012⁹.

9 En la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, de 6 de febrero de 2012**, en resolución del recurso contencioso-administrativo 175/2011, interpuesto contra el Real Decreto número 1713/2010, de 17 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, se indica, fundamentalmente, con motivo de la supresión de la ayuda estatal directa lo siguiente:

“Ante un escenario de profunda crisis financiera, creciente déficit público y necesarios reajustes presupuestarios, situación bien conocida por todos los agentes económicos en los ejercicios 2009 y 2010, no resulta discutible la capacidad normativa -ajustada al rango debido de cada disposición- de que gozan los poderes públicos para reducir o suprimir, a partir de un momento dado (en este caso diciembre de 2010) y respecto del período bienal siguiente, las ayudas públicas, con cargo a los presupuestos, otorgables a los diversos sectores productivos o a las empresas y sujetas individuales que hasta entonces se beneficiaban de ellas. No puede oponerse a dicha capacidad normativa la supuesta confianza de las beneficiarias en que se mantendrían sin variaciones, fuera cual fuera el escenario económico, y en las mismas términos previstas en el año 2008, las subvenciones correspondientes.”

En concreto, el criterio interpretativo del Ministerio de Fomento, Subdirección General de Política y Ayudas a la Vivienda, que fue comunicado a las Comunidades Autónomas señalaba lo siguiente:

“ [...] Primero

Se suprimen las ayudas de subsidiación de préstamos para nuevos reconocimientos de derecho de las citadas ayudas que realicen las Comunidades Autónomas y se produzcan a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, en el sentido siguiente:

a) No se reconocerá la ayuda financiera de la subsidiación de préstamos convenidos acogidos al Plan Estatal 2009-2012, cuando las resoluciones de reconocimiento que emitan las Comunidades Autónomas o Ciudades de Ceuta y Melilla se produzcan a partir de la entrada en vigor de la norma, ya sean actuaciones de rehabilitación, promotores en alquiler, subrogados de préstamos del promotor o adquirentes directos de viviendas protegidas. Asimismo, tampoco se reconocerán las ayudas de aquellos que, habiendo solicitado su reconocimiento con anterioridad al 15 de Julio de 2012, estuvieran en tramitación y no hubiera recaído resolución por parte de la Comunidad Autónoma con anterioridad al 15 de julio de 2012.

b) No tendrán derecho a obtener la subsidiación de los préstamos convenidos, los adquirentes que obtengan una resolución de reconocimiento de la Comunidad Autónoma o Ciudad de Ceuta o Melilla emitida el día 15 de Julio de 2012 o siguientes, incluso, en aquellas subrogaciones que se realicen en préstamos de promotores acogidos a planes estatales anteriores.

c) No tendrán derecho a obtener la subsidiación de los préstamos convenidos, las resoluciones de renovación del derecho a obtener subsidiación por el comprador, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43.3 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, y los artículos

correspondientes de los planes de vivienda anteriores, emitidas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley.

d) No cabe reconocer el derecho a obtener subsidiación en aquellas resoluciones de reconocimiento de dichas ayudas para promoción de alojamientos protegidos, que se emitan, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, aunque hayan sido objeto de acuerdos suscritos en Comisión Bilateral celebradas con anterioridad a esa fecha.

Segundo

La supresión de la subsidiación no afectará a los derechos reconocidos, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, a actuaciones protegidas de promoción, rehabilitación y adquisición del Plan vigente y anteriores.”

Con fundamento en el artículo 35 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, y en el criterio interpretativo del Ministerio de Fomento, de forma mayoritaria, por las Comunidades Autónomas se denegaron las ayudas reclamadas por considerar que la ayuda solicitada por los interesados no estaba disponibles dentro del ordenamiento jurídico, al haber sido suprimida en virtud del citado artículo 35 del Real Decreto-Ley 20/2012, que resultaría aplicable a todos los planes de vivienda anteriores a dicha norma.

Igualmente, frente a las alegaciones de los particulares, de que estaríamos ante un derecho reconocido y por tanto se estaría produciendo la retroactividad de una norma restrictiva de derechos individuales, vulnerando con ello uno de los principios básicos de la Constitución Española¹⁰, se consideraba que el derecho al

10 En la **sentencia judicial núm. 335 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Castellón, procedimiento abreviado 154/2013**, se consideró que en el supuesto objeto de enjuiciamiento los recurrentes ostentaban un derecho ya reconocido estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto, si bien se trataba de un caso en el que el formulario utilizado la casilla correspondiente a la duración del préstamo fijaba 10 años (a

segundo período de subsidiación del préstamo no sería un derecho reconocido de modo previo con carácter firme sino una mera expectativa de derecho, pues la solicitud de cada interesado había de volverse a baremar para comprobar que seguía reuniendo los requisitos, conforme a la normativa que resultase aplicable en cada momento, para acceder a esa ayuda por otro cinco años¹¹.

En síntesis, por las Administraciones se consideraban que estábamos en presencia de una solicitud de renovación del derecho a obtener subsidiación de un préstamo, el cual se había suprimido y que la norma que lo suprimía resultaba aplicable a todos los planes de vivienda anteriores.

Posteriormente fue aprobada la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas cuya disposición adicional segunda indicaba que:

“Disposición adicional segunda Régimen aplicable a las ayudas de los Planes Estatales de Vivienda y Renta Básica de Emancipación

diferencia de los modelos utilizados en otras Comunidades Autónomas, en donde se fijaba un plazo inicial de 5 años susceptible de posterior renovación)

11 El Tribunal Supremo, en supuestos similares, entre otras en su **Sentencia de fecha 6 de febrero de 2012**, por la que se desestima el recurso contencioso interpuesto contra el Real Decreto 1713/2010, sobre el plan estatal de vivienda y rehabilitación, en su fundamento jurídico séptimo declaró que:

“El cuarto apartado de la demanda se dedica a la supuesta “retroactividad de la modificación del Plan Estatal de Vivienda y Suelo 2009-2012”. Su desarrollo argumental se centra en la Disposición transitoria primera del Real Decreto 1713/2010, esto es, en el régimen jurídico aplicable a las ayudas correspondientes a «situaciones anteriores a la entrada en vigor de este real decreto», Bastaría esta primera referencia para rechazar el supuesto efecto retroactiva desfavorable del Real Decreto 1713/2010 pues su virtualidad se despliega plenamente en relación con la realidad jurídica posterior a él, sin incidir de modo negativo en los derechos reconocidos de modo previo con carácter firme. El Real Decreto 1713/2010 contiene, además, medidas a normas intertemporales respecto de las situaciones jurídicas aún no consolidadas.”

A partir de la entrada en vigor de esta Ley será de aplicación el siguiente régimen a las ayudas de subsidiación de préstamos, Ayudas Estatales Directas a la Entrada y subvenciones reguladas en los Planes Estatales de Vivienda cuyos efectos se mantengan a la entrada en vigor de esta Ley y a las ayudas de Renta Básica de Emancipación establecidas por el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre:

a) Se mantienen las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos que se vinieran percibiendo. Asimismo se mantienen las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos reconocidas, con anterioridad al 15 de julio de 2012, que cuenten con la conformidad del Ministerio de Fomento al préstamo, siempre que éste se formalice por el beneficiario en el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley.

Quedan suprimidas y sin efectos el resto de ayudas de subsidiación al préstamo reconocidas dentro del marco de los Planes Estatales de Vivienda.

No se admitirán nuevos reconocimientos de ayudas de subsidiación de préstamos que procedan de concesiones, renovaciones, prórrogas, subrogaciones o de cualquier otra actuación protegida de los planes estatales de vivienda.

b) 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.

c) Se mantienen las ayudas del programa de inquilinos, ayudas a las áreas de rehabilitación integral y renovación urbana, rehabilitación aislada y programa RENOVE, acogidas a los Planes Estatales de Vivienda hasta que sean efectivas las nuevas líneas de ayudas del Plan Estatal de Fomento del Alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016. Se suprimen y quedan sin efecto el resto de subvenciones acogidas a los Planes Estatales de Vivienda.

d) Las ayudas de Renta Básica de Emancipación reguladas en el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, que subsisten a la supresión realizada por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, y por el Real Decreto-ley

20/2012, de 13 de julio, se mantienen hasta que sean efectivas las nuevas líneas de ayudas, del Plan Estatal de Fomento del Alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.”

La aprobación de la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, supuso la revisión del criterio interpretativo del artículo 35 del Real Decreto-Ley 20/2012 por parte del Ministerio de Fomento.¹²

El nuevo criterio interpretativo del Ministerio de Fomento, Subdirección General de Política y Ayudas a la Vivienda, que fue comunicado a las Comunidades Autónomas señala lo siguiente:

“[...]1.- Se reconocerá la ayuda financiera de la subsidiación de préstamos convenidos acogidos a planes estatales anteriores al Plan Estatal 2009-2012, cuando las resoluciones de reconocimiento que emitan las Comunidades Autónomas o Ciudades de Ceuta y Melilla se hayan producido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, ya sean para actuaciones de rehabilitación, de promoción en alquiler, de adquirentes que se subroguen en préstamos del promotor o de adquirentes directos de viviendas protegidas.

2.- Tendrán derecho a obtener la subsidiación de los préstamos convenidos, las resoluciones de renovación del derecho a obtener subsidiación por el adquirente, en aplicación de Planes Estatales anteriores al Plan Estatal 2009-2012, emitidas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio.

12 En fecha 18 de agosto de 2014 por el Ministerio de Fomento se comunicó a las entidades financieras colaboradoras del Ministerio de Fomento, la revisión del criterio interpretativo del artículo 35 del Real Decreto-Ley 20/2012.

El contenido completo del citado informe puede consultarse en el siguiente enlace: https://subsidiacion.files.wordpress.com/2014/09/rev-_criterio_interp-_art-35_del_r-d-ley_20-2012.pdf

3.- *No se reconocerá la ayuda financiera de la subsidiación de préstamos convenidos 4 acogidos al Plan Estatal 2009/2012, cuando las resoluciones de reconocimiento que emitan las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla se produzcan a partir de la entrada en vigor del Real Decreto- Ley 20/2012, de 13 de julio, ya sean para actuaciones de rehabilitación, de promoción en alquiler, de adquirentes que se subroguen en préstamos del promotor de adquirentes directos de viviendas protegidas o para promoción de alojamientos protegidos.*

4.- *No tendrán derecho a obtener la subsidiación de los préstamos convenidos, las resoluciones de renovación del derecho a obtener subsidiación por el adquirente, en aplicación del Plan Estatal 2009-2012, emitidas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012. [...]”.*

Pues bien, contra esta disposición adicional segunda de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, en fecha 5 de septiembre de 2013, por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, se interpuso recurso de inconstitucionalidad que es resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 216/2015, de 22 de octubre de 2015, recurso núm. 5108-2013, Ponente: Doña Adela Asua Batarrita.

La interposición del recurso de inconstitucionalidad supuso la suspensión de numerosos procedimientos judiciales en diversos juzgados del orden jurisdiccional contencioso administrativo a la espera de la resolución del recurso de inconstitucionalidad núm. 5108-2013, admitido a trámite el 8 de octubre de 2013 (BOE 18 de octubre de 2013, pág.84915).

La cuestión jurídica esencial que se plantea es si la renovación de la subsidiación del préstamo convenido es un derecho adquirido e integrado en el patrimonio del beneficiario, estando sometida la continuidad al cumplimiento de unas condiciones generales preestablecidas durante el periodo máximo posible, o por el contrario es una expectativa de derecho sometida a un nuevo reconocimiento

de la ayuda, mediante una nueva resolución, que la Administración puede o no conceder.¹³

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 216/2015 DE 22 DE OCTUBRE DE 2015

En el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad se alegan, de forma sintética, los siguientes motivos de inconstitucionalidad:

1º) La violación de la interdicción de la retroactividad respecto a situaciones ya perfeccionadas al considerar que la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013 establece una retroactividad auténtica o de grado máximo a todos los efectos impidiendo al beneficiario de las ayudas acogerse a sucesivas renovaciones y prórrogas previstas por las normas que justificaron las ayudas, tiene carácter restrictivo, pues elimina un derecho previamente reconocido por el ordenamiento jurídico, y afecta a un derecho individual vinculado al derecho constitucionalmente reconocido en el art. 47 CE, que se halla incorporado al patrimonio jurídico del beneficiario cada mes, pues la renovación por periodos sucesivos solo requiere la acreditación del mantenimiento de las condiciones socio-económicas que justificaron la concesión.

13 Por la profesora de la Universidad de Castilla-La Mancha, Doña M^a del Carmen González Carrasco se elaboró un informe sobre la denegación de la prórroga de subsidiación de préstamos convenidos, de fecha 25 de octubre de 2013, que concluía que: “A) No cabe alegar vulneración de la seguridad jurídica ni infracción del principio de confianza legítima por variación o supresión de ayudas a viviendas ya calificadas provisionalmente que no habían obtenido el préstamo subsidiado en el momento de la reforma legal; PERO, B) La interpretación del art. 35 RD Ley 20/2012 realizada por la Administración autonómica vulnera el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos si pretende afectar, denegándolas, a la renovación de ayudas relativas a préstamos ya concedidos y en proceso de amortización en el momento de la supresión o minoración de dichas ayudas.”.

El contenido del informe completo se puede consultar en el siguiente enlace: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/10/DENEGACI%C3%93N-PRORROGA-SUBSIDIACI%C3%93N-DE-PR%C3%89STAMOS-CONVENIDOS-EN-VIVIENDAS-DE-VPO1.pdf>

2º) La vulneración del artículo 33.3 de la Constitución Española ya que la norma impugnada tiene un contenido expropiatorio que provoca una objetiva privación de bienes y derechos en perjuicio de todos y cada uno de los afectados por la pérdida del derecho a la renovación de las ayudas a la adquisición de vivienda protegida, generado y consolidado con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, por lo que constituye un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter patrimonial, y sin que la Ley impugnada contenga justificación alguna de la causa expropiandi, ni el efecto expropiatorio se vea compensado por “la correspondiente indemnización”, requisitos ambos exigidos por el citado precepto constitucional.

3º) La vulneración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de enmienda en la tramitación y aprobación parlamentaria de la disposición objeto de recurso de inconstitucionalidad.

Por su parte, el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno, alega básicamente que la renovación no tiene carácter automático o vinculante para la Administración, sino sustantividad propia y genera un nuevo procedimiento administrativo dirigido a la ampliación del periodo de subsidiación por otros cinco años, de modo que se trata de un nuevo reconocimiento de la ayuda, mediante una nueva resolución, que la Administración puede o no conceder. En definitiva, los nuevos reconocimientos de subsidiación y las renovaciones de la subsidiación de préstamos no son derechos adquiridos sino meras expectativas de derecho, por lo que no existe vulneración alguna del principio de interdicción de la retroactividad de las normas ni del artículo 33 CE.

En cuanto a la pretendida vulneración del artículo 9.3 CE el Abogado del Estado alega que no concurre puesto que la norma no es retroactiva o solo es retroactiva en grado mínimo, no se restringe ningún derecho subjetivo en general y fundamental, como exige la jurisprudencia, puesto que el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental, y no se afecta a derechos subjetivos incorporados ya al patrimonio jurídico del beneficiario de la ayuda. También rechaza la alegada vulneración del artículo 33.3 CE, por cuanto falta el presupuesto de base, la

privación de un derecho, en los términos del art. 1 de la Ley de expropiación forzosa.

Finalmente, respecto a la alegada vulneración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de enmienda en la tramitación y aprobación parlamentaria de la disposición se rechaza por el Abogado del Estado que sea aplicable el criterio seguido en la STC 119/2011, de 5 de julio de 2011.

Por el Tribunal Constitucional se resuelve en primer término la pretensión impugnatoria vinculada a la existencia de un vicio o defecto procedimental en el procedimiento legislativo aducido por la parte recurrente, para comprobar si efectivamente se ha infringido, como alega la parte demandante, el procedimiento legislativo por un uso indebido del derecho de enmienda, para lo que tiene en cuenta la doctrina establecida por el propio Tribunal Constitucional sobre el derecho de enmienda de los parlamentarios¹⁴, para declarar que no ha concurrido un uso indebido del derecho de enmienda por lo que tampoco resultaría necesario ya examinar si se ha alterado de forma sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras o se ha lesionado el derecho de los parlamentarios a ejercer sus funciones en el marco del procedimiento legislativo establecido por la Constitución Española.

En cuanto a la vulneración o no del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales por parte del Tribunal Constitucional, previo análisis de la doctrina que ha fijado en torno a este principio¹⁵ y del texto de la disposición objeto de controversia, concluye que

14 Esta doctrina constitucional está recogida, entre otras, en las **STC 119/2011 de 5 julio, FJ 6; STC 136/2011, de 13 septiembre, FJ 7; STC 176/2011, de 8 de noviembre; STC 209/2012, de 14 de noviembre; STC 132/2013, de 5 de junio; STC 120/2014, de 17 de julio o STC 59/2015, FJ 5.**

15 **STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 4; STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6; STC 131/2001, de 7 de junio, FJ 5; STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17; STC 89/2009, de 20 de abril, FJ 4; STC 90/2009, de 20 de abril, FJ 4; STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10 STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b); STC 178/1989, de 2**

procede excluir la presencia de efectos retroactivos constitucionalmente prohibidos en el apartado a) de la disposición impugnada, ya que su regulación se proyecta a los efectos futuros de situaciones jurídicas que aún no se han producido.

Respecto a la supuesta vulneración del artículo 33.3 CE se rechaza por el Tribunal Constitucional por inexistencia del presupuesto de base imprescindible para que entre en juego la protección que dispensa el precepto constitucional invocada, puesto que analizada la normativa aplicable se desprende que la renovación de las ayudas de subsidiación no es automática, sino que es preciso que el beneficiario de la subsidiación solicite su renovación dentro del quinto año del periodo inicial y que acredite que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la concesión de la ayuda, y quien disfrutaba de una ayuda de subsidiación al amparo del Real Decreto 2066/2008 no ostentaba un derecho subjetivo a la renovación, sino una mera expectativa de renovación en cuanto que cumpliera las condiciones exigidas por la normativa. En definitiva, para el Tribunal Constitucional cuando se modifican las condiciones de obtención de la renovación o simplemente se suprime esa posibilidad, los beneficiarios de ayudas de subsidiación no pueden oponer un derecho subjetivo o un interés legítimo de carácter patrimonial incorporado a su patrimonio, por lo que no priva de derechos subjetivos o intereses legítimos de carácter patrimonial incorporados al patrimonio jurídico de los beneficiarios de las ayudas y, por tanto, no resulta aplicable la protección constitucional que contempla el art. 33.3 CE.

Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional rechaza los 3 motivos de inconstitucionalidad planteados contra la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, y desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado¹⁶.

de noviembre, FJ 9; STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17; o STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3.

16 La sentencia judicial tiene un voto particular del Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos que considera que el fallo debió ser parcialmente estimatorio y declarar la inconstitucionalidad del último párrafo de la letra a) de la disposición impugnada, en

3. CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 216/2015 DE 22 DE OCTUBRE DE 2015 EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES INDIVIDUALES PENDIENTES DE RESOLUCIÓN

Desde un punto de vista estrictamente jurídico la sentencia del Tribunal Constitucional nº 216/2015, de 22 de octubre de 2015, si bien no afectará directamente a todos los procedimientos judiciales planteados ante los órganos judiciales del orden contencioso administrativo en materia de ayudas de subsidiación de viviendas, teniendo en cuenta la gran casuística existente, sí que se puede afirmar que tendrá una indudable influencia puesto que limitará y condicionará la alegaciones jurídicas que puedan ser planteadas por los demandantes.

En este sentido, resulta previsible que los demandantes traten de apoyarse en la fundamentación jurídica que se contiene en el voto particular, en la medida que la sentencia cierra otras posibles argumentaciones jurídicas al declarar que la norma impugnada no es propiamente retroactiva ya que se proyecta exclusivamente sobre situaciones futuras y no afecta a relaciones

cuanto elimina la posibilidad de que las ayudas concedidas pudieran ser renovadas por vulneración del principio de seguridad jurídica y confianza legítima, puesto que: “[...] *Dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, considero que la norma impugnada, al eliminar la posibilidad de que las ayudas concedidas pudieran ser renovadas, ha vulnerado esta vertiente del principio de seguridad. La renovación de estas ayudas se encontraba regulada en unos términos que pudieron legítimamente crear la confianza en los ciudadanos en que, si se seguían cumpliendo los requisitos económicos exigidos para poder beneficiarse de las mismas y lo solicitaban, les sería renovada la ayuda concedida, y esta confianza pudo ser determinante para que decidieran a solicitar el préstamo hipotecario cuyos intereses iban a ser en parte subsidiados[...]* En consecuencia, creo que en este caso hubiera debido declararse inconstitucional el último apartado de la letra a) de la disposición impugnada por vulnerar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).”

consagradas o situaciones agotada, añadiendo que los beneficiarios tampoco ostentaban un derecho adquirido sobre las ayudas sino una mera expectativa de renovación en cuanto que cumpliera las condiciones exigidas por la normativa.

No obstante, a mi modo de ver, aunque hay doctrina constitucional que considera que el artículo 9.3 de la Constitución Española protege también la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles (por ejemplo, la STC 89/2009, de 20 de abril de 2009) no se puede tampoco obviar, a sensu contrario, que la citada doctrina no fue considerada por el resto de los magistrados del Tribunal Constitucional en la sentencia, que el hecho de reconocerse y declararse que no ostentaban un derecho adquirido parece restringir la existencia de un quebranto de la confianza legítima, y que los propios argumentos jurídicos del magistrado disidente de la mayoría contienen como fundamento una serie de aspecto subjetivos o personalísimos de muy difícil valoración y estimación por los órganos judiciales.

Finalmente tampoco puede ser descartado que se pueda producir un cambio legislativo que terminé reconociendo las reivindicaciones de los afectados, que, en todo caso, correspondería a la Administración del Estado.

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JCCM

Para la publicación de **artículos doctrinales** y **reseñas de legislación o jurisprudencia** en la Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se someterá a las siguientes **BASES**:

1. Los trabajos que se presenten para publicación deberán ser originales e inéditos.
2. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
3. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
4. Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse por correo electrónico a la dirección de la revista (**revistagabinetejuridico@jccm.es**) en formato *word* o compatible.
5. En todo caso se utilizará letra tipo **calibrí tamaño 11 para el texto principal, y calibrí tamaño 10** para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados. El interlineado será a 1,5 espacios.
6. La primera página del ARTICULO o RESEÑA debe de incluir, por este orden:
 - a. Título.
 - b. Nombre y apellidos del autor/res, dirección postal y de correo-e.

- c. Profesión, título académico y centro de trabajo del autor/res.
- d. Índice o sumario
- e. Fecha de finalización del trabajo

7. Los trabajos deben incluir al final la bibliografía.

8. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

- a) En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del título del libro en cursiva, ciudad de edición, editorial, año, página/s.
- b) En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y páginas.
- c) Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos irán entrecomilladas.

9. Los autores cuyos trabajos sean publicados ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación.

10. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

Finalmente cualquier jurista que desee remitir una sentencia interesante o enviar un link sobre cualquier asunto jurídico puede hacerlo enviando un email a revistagabinetejuridico@jccm.es

