

Nº 23
Tercer trimestre 2020

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 23. Septiembre 2020

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

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 ni con los eventuales errores u omisiones.

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 M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid (acreditado ANECA) y Director del Título de Especialista en Contratos Públicos. Abogado-Consultor.
(www.jaimepintos.com)

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

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

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director Académico de Internacionalización de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia.
Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción.....11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO DE UNA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA DESNIVELADO POR LA ACTUACIÓN (PREVISIBLE) DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA A LA CONTRATANTE.

D. Francisco José Negro Roldan..... 15

ANÁLISIS CRÍTICO DEL EMPLEO DE UMBRALES DE SACIEDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA VALORACIÓN DEL CRITERIO DE ADJUDICACIÓN "PRECIO"

D. Roberto Carrodegas Méndez.....52

LA MEJORA SALARIAL DENTRO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN, UNA CONDICIÓN SOCIAL CON LUCES Y SOMBRAS EN SU APLICACIÓN

D^a Amaia Labella Cámara.....91

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA

D. Pedro José Díaz Calderón..... 120

DE NUEVAS CON LA LEGISLACIÓN DE SUBVENCIONES DE CASTILLA-LA MANCHA: PROPUESTAS DE REFORMA

D. Carlos M^a Rodríguez Sánchez156

LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA
D^a Lidia Valiente Castellanos.....186

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

EL DERECHO A LA CULTURA Y LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO
D. Antonio Maniatis236

LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN ESTUDIO COMPARADO DE LA PERSPECTIVA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA Y EL REINO DE ESPAÑA, EN RELACIÓN CON LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES
D. Oscar D'oleo Seiffe.....264

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 2613/2016, DE 9 DE JUNIO. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL
D^a Marta Alarcón del Pico.....312

BASES DE PUBLICACIÓN.....375

EDITORIAL

En el número 23 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés y una reseña de jurisprudencia.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. Francisco José Negro Roldán con el artículo que lleva por título “El reequilibrio económico de una concesión de obra pública desnivelado por la actuación (previsible) de otra administración distinta a la contratante”.

A continuación, D. Roberto Carrodegua Méndez aborda un tema de rabiosa actualidad, sobre el análisis crítico del empleo de umbrales de saciedad en la contratación pública para la valoración del criterio de adjudicación “precio”.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a Amaia Labella Cámara, que aborda la problemática existente respecto de la mejora salarial como condición social dentro de un proceso de contratación pública.

D. Pedro José Díaz Calderón, en su artículo “La evolución del derecho ambiental internacional y la contratación pública ecológica” analiza cómo la normativa en materia de contratación pública ha tratado de adaptarse a lo largo de los años, a la preocupación ambiental, en la misma medida que la realidad y las exigencias sociales.

D. Carlos-M^a Rodríguez Sánchez, continuando con su trabajo publicado en el número 15 de la Revista, vuelve a tratar con exquisitez otras reformas de las que sería susceptible la legislación de subvenciones de Castilla-La Mancha.

Por último, la sección nacional se cierra con el trabajo de “La pena de muerte en España” de D^a Lidia Valiente Castellanos se centra en el estudio de la aplicación que ha tenido la pena de muerte en España a lo largo de su historia, junto con la regulación que actualmente existe a nivel interno respecto a esta materia.

En la sección internacional de la revista Gabilex se publican los trabajos de D. Antonio Maniatis y de D. Oscar D’oleo Seiffe. Interesantes reflexiones que esperemos que el lector disfrute.

En la sección Reseña de Jurisprudencia, la autora D^a Marta Alarcón del Pico comenta de una manera exhaustiva, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2613/2016, de 9 de junio. Análisis del artículo 311 Código Penal.

El Consejo de Redacción

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO DE UNA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA DESNIVELADO POR LA ACTUACIÓN (PREVISIBLE) DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA A LA CONTRATANTE¹

D. Francisco Negro Roldán

Asesor Jurídico-Letrado y Director del Servicio de Asesoría
Jurídica de la Comunidad Foral de Navarra

Resumen: La sentencia de 19 de diciembre de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª), resuelve un recurso de casación (anterior a la reforma de la LO 7/2015) interpuesto frente a sentencia de instancia que desestima una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico de una concesión de obra pública contratada por la Comunidad Foral de Navarra.² La quiebra del balance concesional alegada por la demandante radicaba en que el tramo objeto de la concesión (en Navarra) se integraba en un corredor que no se había completado por la

¹ Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019 (recurso de casación 2390/2016). En adelante STS.

² Sentencia de 13 de junio de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. En adelante STSJN.

Administración competente, la del Estado. Por ello, el volumen de tráfico previsto por la concesionaria en contemplación del funcionamiento del completo corredor era superior al que resultó real. La sentencia de instancia entiende que no se ha producido temporalmente desequilibrio alguno, pues el corredor había de terminarse en 2020. También desecha que se hayan alterado los términos considerados al adjudicarse la concesión, pues la incertidumbre sobre el comienzo de la plena operatividad del corredor estaba expresa y claramente prevista en el contrato. Entiende que no adviene riesgo imprevisible y que no se produce *factum principis*, en cuanto que la Administración que pudiera generar el desequilibrio no es el príncipes que adjudicó la concesión.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma el criterio del Tribunal a quo, pues el riesgo era previsible, el desequilibrio no había acaecido todavía y quien no continúa con la construcción del resto de la infraestructura es otra Administración distinta a la que otorga la concesión.

Palabras Clave: Concesión de obras. Restablecimiento del equilibrio económico. Riesgo imprevisible. *Factum principis*.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. El acto impugnado en el recurso resuelto por la sentencia comentada. 1.2. Las partes. 1.3. La pretensión. 1.4. Fundamento de la pretensión. 1.5. Cuestiones que aborda la sentencia de instancia. 1.6. Motivos del recurso de casación. 2. LA NORMATIVA FORAL. 3. REFERENCIA A LAS CAUSAS CORRECTORAS DEL DESEQUILIBRIO CONCESIONAL. 3.1 El restablecimiento del equilibrio: corrección de ciertos efectos excepcionalmente gravosos para el concesionario de su cualificada asunción del riesgo y ventura en la concesión. 3.2 En concreto, el reequilibrio en el contrato de concesión de obras por actuaciones de la Administración. 4. LAS RESPUESTAS JUDICIALES A LA CUESTIÓN RELATIVA A SI SE HA PRODUCIDO EL DESEQUILIBRIO EN EL CASO OBJETO DE EXAMEN. 4.1.

Vertiente cronológica: ¿Ha surgido ya el desequilibrio? 4.2. Vertiente sustantiva o contractual: ¿Han cambiado los términos que se consideraron al adjudicarse la concesión? 4.3. Conclusión de las resoluciones judiciales: Inexistencia de alteración en las condiciones contempladas por las partes. 5. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2011. 5.1 Introducción. El "factum principis". 5.2 La actuación de otra Administración diferente a la contratante que pueda alterar el equilibrio concesional. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (recurso 566/2008). 5.3. La omisión -atribuible a la misma Administración concedente- de la construcción de una infraestructura que puede alterar el equilibrio concesional. 5.4. La aplicación de la mentada doctrina al caso analizado por la STS que comentamos. 6. ARGUMENTACIÓN PROPIA DE LA STS RELATIVA A LA INTERVENCIÓN DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA DE LA CONCEDENTE QUE PUEDA ALTERAR EL EQUILIBRIO PRESTACIONAL. 7. CONCLUSIONES

1.- INTRODUCCIÓN

1.1. El acto impugnado en el recurso resuelto por la sentencia comentada.

El procedimiento se interpuso por una concesionaria de obra pública frente a la desestimación firme en vía administrativa de su petición de restablecimiento del equilibrio económico del "Contrato de concesión de obras públicas para la construcción y explotación de la Autovía del Pirineo A-21".

1.2. Las partes.

La demandante es la adjudicataria del contrato de concesión de obras para la construcción y explotación del tramo navarro de la Autovía del Pirineo A-21.

La única Administración demandada es el Gobierno de Navarra, que sacó a licitación y adjudicó sólo ese tramo. El mismo se completó y entró en funcionamiento en las fechas programadas.

1.3. La pretensión.

El suplico de la demanda solicitaba se declarase que la actora *“ha sufrido un perjuicio evaluable en 300.606.808 euros como consecuencia de la no conclusión de la autovía A-21 y ejecución del resto del corredor pirenaico entre el Cantábrico y el Mediterráneo por Pamplona, Jaca, Huesca y Lérida”*, pidiendo asimismo a la Sala la adopción de las medidas compensatorias correspondientes.

1.4. Fundamento de la pretensión.

La causa del supuesto desequilibrio estriba en que el volumen de tráfico previsto por el concesionario no coincide – a su juicio – con el real, imputando esa merma a la paralización bien de la licitación, bien de la adjudicación, bien de la conclusión de las obras del resto de tramos de la A-21 que transcurren fuera de Navarra y de las autovías de Jaca a Huesca (A-23) y de Huesca a Lérida (A-22) que forman parte junto con el tramo navarro de la A-21 de un futuro Corredor del Pirineo que comunique el País Vasco con Cataluña por ese eje. Ese resto de la infraestructura (no el tramo navarro) es competencia de la Administración General del Estado (Ministerio de Fomento).

En suma, la recurrente reclama una suma a la Administración que concede la explotación de la obra pública porque otra Administración pública no ha completado el íntegro corredor a que la obra navarra se incorpora.

1.5. Cuestiones que aborda la sentencia de instancia.

La STSJN responde a diversas cuestiones:

1ª.- Analiza si se ha producido esa ruptura del equilibrio económico.

2ª.- Examina dos causas legalmente habilitadoras para restablecer el equilibrio, el riesgo imprevisible y el factum principis.

3ª.- En relación con estas causas de reequilibrio, estudia si la Administración de la Comunidad Foral ha de responder del hipotético desequilibrio derivado de actos u omisiones de la Administración del Estado que pueden alterar la ecuación económico-financiera de la concesión.

1.6. Motivos del recurso de casación.

Se resumen a continuación esos motivos, si bien este artículo se referirá a las respuestas que la STS les otorga sólo en cuanto sean de interés para el objeto del presente análisis.

1º.- Motivo de incongruencia omisiva de la sentencia del Tribunal a quo, al no haberse pronunciado sobre la confluencia sobre una misma infraestructura de dos Administraciones territoriales en virtud de una sola competencia. La Sala lo resuelve negativamente con reiteración de doctrina sobre ese vicio procesal bien conocida, que no detallaremos.

2º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por supuesta infracción del artículo 1.3 de la Directiva 2004/18/CE³ y del

³ El precepto se limitaba a definir la «concesión de obras públicas» como “un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.

El artículo 5.1.a) de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de

artículo 7 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁴, en el entendimiento de que la pérdida de la funcionalidad de la concesión que imputa a la merma en el tráfico en el tramo navarro por la no construcción del resto de la infraestructura en territorio no navarro no estaba incluida en el riesgo concesional.

3º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por pretendida vulneración de la doctrina de la sentencia de la propia Sala de 16 de mayo de 2011⁵, en cuanto resuelve un supuesto de reequilibrio de una concesión alterada por la no continuidad del Corredor de Andalucía.

4º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por alegada aplicación indebida de la doctrina contenida en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 y de 28 de enero de 2015⁶.

5º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por hipotética vulneración del artículo 258.4.b y 241.2.b de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁷ y la jurisprudencia que los interpreta, al prever que, en el contrato de concesión de obras, la obligación de restablecer el equilibrio

contratos de concesión precisa el concepto de «concesión de obras» como “un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

⁴ Actual artículo 14 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

⁵ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 7ª) de 16 de mayo de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 566/2008.

⁶ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (recurso de casación núm. 54/2013) y 28 de enero de 2015 (recurso contencioso-administrativo núm. 449/2012).

⁷ Correspondiente al artículo 270.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, acaece, entre otros supuestos, cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

6º.- Motivo en denuncia de la –invocada- violación del artículo 24.1 de la Constitución Española y de la jurisprudencia que lo interpreta (SSTC 39/2015, 186/2015 o 188/2012, entre otras muchas). Entiende que la sentencia de instancia elude resolver sobre la cuestión planteada. En concreto, acerca de la inexistencia de previsión contractual que traslade a la concesionaria el riesgo de no ejecución del Corredor del Pirineo. Considera la recurrente que no resulta necesario que haya comenzado el devengo de un derecho para poder reconocer la existencia del mismo, así como que no constituye obstáculo alguno la circunstancia de que la cuantificación del perjuicio causado no se pueda determinar en este momento, ya que se iría valorando de forma gradual conforme aumenta el perjuicio causado. La STS desecha este motivo por razones cuyo análisis excede del modesto alcance de estas líneas.

7º.- Motivo de infracción jurídica sustantiva por hipotética vulneración del artículo 140.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPA)⁸, que recoge el principio de responsabilidad solidaria para aquellos supuestos en los que concurren actuaciones de diferentes Administraciones.

2.- LA NORMATIVA FORAL

La sentencia de instancia invoca la normativa estatal que disciplina la concesión de obra pública y también la foral de Navarra. Respectivamente, la vigente *ratione temporis* Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y

⁸ Hoy, artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCEP)⁹.

Por su parte, la STS (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019) afronta la causa de inadmisibilidad opuesta por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Foral consistente en que el recurso se sustentaba en normas autonómicas y no estatales. El Alto Tribunal desecha esa objeción, con cita de doctrina bien conocida.

Ambos pronunciamientos ponen de manifiesto la existencia de una delimitación competencial específica que merece apuntar.

El artículo 149.1.18ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de "*legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas*".

El artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra confiere a Navarra un título competencial que se puede calificar como exorbitante respecto del atribuido a las Comunidades Autónomas de régimen común: en virtud de su régimen foral (competencia histórica o foral) corresponde a Navarra la competencia exclusiva en materia de "*contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia*" (no la legislación básica del Estado, sino sólo sus principios esenciales)¹⁰.

⁹ Hoy derogada por la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

¹⁰ No existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional que contemple directamente el artículo 49.1.d) LORAFNA. La sentencia del Tribunal Constitucional 140/1990, de 20 de septiembre, examina el artículo 49.1.b) LORAFNA, que atribuye a Navarra, en virtud de su régimen foral, la competencia exclusiva sobre el "*régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los*

Los preceptos de la LFCP que se aplican por la STSJN no desconocen esos principios esenciales, antes bien, su texto es en lo esencial coincidente con el de la norma estatal, lo mismo que los de la nueva Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, por lo que su específico análisis no aportaría novedad reseñable respecto del objeto de este comentario.

3.- REFERENCIA A LAS CAUSAS CORRECTORAS DEL DESEQUILIBRIO CONCESIONAL

3.1 El restablecimiento del equilibrio: corrección de ciertos efectos excepcionalmente gravosos para el concesionario de su cualificada asunción del riesgo y ventura en la concesión.

Este comentario parte de la delimitación legal del principio de riesgo y ventura y de los mecanismos previstos para el restablecimiento del equilibrio concesional, que modulan las consecuencias de tal principio cuando pudiera colocar a una de las partes en una situación insostenible e injustificable.

Pues bien, concretamente para un supuesto en que se contemplaba la disminución del tráfico en autopistas de peaje, dice la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (rec. 54/2013), que ha de partirse de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas, así como de la aleatoriedad de

derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos". Según esa sentencia, la determinación concreta de cuáles sean esos derechos y obligaciones esenciales (o, en nuestro caso, los principios esenciales) debe quedar remitida al análisis particularizado de las normas que los prevean. En general, vienen constituidos por aquellos principios y reglas caracterizadores del propio modelo (en nuestro caso, de contratación administrativa), que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin los cuales ese sistema no sería reconocible.

los resultados económicos, pues se contiene en la normativa aplicable una expresa previsión del principio de riesgo y ventura del contratista. La frustración de las expectativas económicas del contratista al contratar no impone la modificación del contrato. No obstante, la ley establece tasadas excepciones a ese principio, que permiten reequilibrar la ecuación financiera del contrato.

3.2 En concreto, el reequilibrio en el contrato de concesión de obras por actuaciones de la Administración.

Dentro del elenco de las causas legalmente previstas para reequilibrar económicamente una concesión de obra pública (en la terminología anterior), el supuesto que resuelve la STS objeto de este comentario examina la que prevenía el artículo 241.2.b) de la Ley 30/2007.

El apartado 1 de ese artículo 241 establece que la concesión deberá mantener el equilibrio económico *“en los términos que fueron considerados para su adjudicación”*.¹¹

La causa del apartado 2.b) se expresaba así:

*“b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214.”*¹² Importante relevancia despliega hoy el artículo

¹¹ Expresión empleada también en el artículo 270.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

¹² Remitimos a la actual formulación del artículo 270.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:

“b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato

270.2.b) de la Ley 9/2017 en el propio concepto de “factum principis” en la concesión de obras.

El artículo 157 de la entonces aplicable norma navarra, LFCP, no siendo textualmente idéntico, coincidía en lo esencial con el contenido material de esa regulación¹³.

Las causas de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión asumen que la misma ha de mantenerse en los términos considerados para su adjudicación, y sólo si los mismos se alteran cabría el reequilibrio.

La concesionaria venía a postular que la literalidad de los preceptos reguladores del restablecimiento del equilibrio económico de la prestación permite entender que la Administración que altera los términos de la concesión puede ser otra de la concedente. Y que, en ese caso, la Administración habrá de restablecer el equilibrio. Y que esa Administración obligada a reequilibrar ha de ser la concedente.

En el caso examinado, la Administración que actúa alterando (a juicio de la reclamante) las condiciones económicas de la

cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.”

¹³ El artículo 194.2.b) de la posterior Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que mantiene la terminología de “contrato de concesión de obras públicas”, confirma que el equilibrio económico dependerá de los términos considerados para su adjudicación, y obliga a la Administración a restablecer el equilibrio económico del contrato:

b) Cuando actuaciones de la Administración contratante, determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

concesión es otra a la Administración concedente, pues ésta ha cumplido con sus obligaciones contractuales.

4.- LAS RESPUESTAS JUDICIALES A LA CUESTIÓN RELATIVA A SI SE HA PRODUCIDO EL DESEQUILIBRIO EN EL CASO OBJETO DE EXAMEN

Esta cuestión se aborda desde una doble perspectiva:

4.1. Vertiente cronológica: ¿Ha surgido ya el desequilibrio?

A) LA SENTENCIA DE INSTANCIA.

La STSJN alcanza la conclusión de que no se ha producido el desequilibrio cuando el mismo se reclama por la concesionaria (fundamento de derecho quinto). La demandante conjetura una previsión de tráfico en contemplación de la completa apertura y del pleno funcionamiento del corredor en su integridad. Pero tal circunstancia sólo advendría en 2020. La íntegra infraestructura se encuentra prevista en el "horizonte" 2020, año de su terminación según el Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte¹⁴, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de julio de 2005. El corredor no tiene por qué entrar en funcionamiento antes de 2020.

Además, la STSJN que comentamos tiene en consideración el plazo (de tres años) de ramp-up o periodo de transición de crecimiento de tráfico comprendido entre la fecha de puesta en servicio de la concesión y el momento en que se alcanzan los niveles de tráfico estables en la nueva infraestructura, plazo que debería computarse desde la fecha de construcción del Corredor del Pirineo completo.

¹⁴ En adelante PEIT.

La Sala, pues, entiende que no se ha producido desequilibrio alguno, dado que la finalización del corredor no tiene por qué haberse completado antes de 2020. Y ello aunque se reconoce que la Administración del Estado ha dejado sin construcción el resto de tramos del corredor movida por la crisis económica, en cumplimiento de medidas extraordinarias¹⁵. El único horizonte temporal contemplado para la terminación de las obras es el año 2020.

Dados los términos en que se plantea el pleito, quizá esa conclusión ya lo resolvería. Lo que se pide es el reequilibrio. Pues bien, la concesionaria no acredita derecho a reequilibrio alguno, pues el tráfico real del tramo objeto de concesión no tendría por qué ser mayor –al instarse la reclamación-¹⁶ como consecuencia de la conclusión del completo corredor, dado que éste no debía estar operativo antes de 2020 (fecha entonces lejana). No obstante, la STSJN que comentamos se adentra en el análisis de las otras cuestiones que se han apuntado y que abren, a su vez, un amplio abanico de problemas.

B) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La STS confirma en su fundamento de derecho sexto que el PEIT fijaba un horizonte inicial del Corredor del Pirineo para 2020, por lo que la petición de reequilibrio resultaba prematura. Además, el plazo previsto de tres años de "ramp-up" (esto es, de comprobación de la menor utilización de las autopistas de peaje en sus primeros años de servicio) aún no había transcurrido, siendo, también, por ello, demasiado temprana la

¹⁵ Plan de Estabilidad y Crecimiento para el periodo 2010-2013, "Plan de Acción Inmediata 2010", "Plan de Austeridad de la Administración General del Estado 2011-2013", y Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

¹⁶ La reclamación de reequilibrio se insta el 14 de octubre de 2013, habiendo comenzado la explotación de la obra el 15 de enero de 2012.

solicitud de reequilibrio. A esas razones ya apuntaba el propio fundamento de derecho quinto de la misma STS.

4.2. Vertiente sustantiva o contractual: ¿Han cambiado los términos que se consideraron al adjudicarse la concesión?

Esta vertiente sustantiva examina si el equilibrio económico-financiero de la concesión se ha roto. Esa ruptura exigiría que se hubieran alterado los términos considerados para la adjudicación de la concesión.

A) LA SENTENCIA DE INSTANCIA.

La STSJN profundiza en el problema de si, en el caso de que hubiera tenido que estar terminada la infraestructura completa, existiría o no padecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión. Adelanto que concluye que no, en cuanto que no cambian los términos considerados para la adjudicación de la misma.

La STSJN expresa su convicción de que las partes habían tenido en cuenta el específico y “diferencial” riesgo de demanda encarnado en una posible merma en volumen del tráfico real respecto del previsto como consecuencia directa de la no culminación por el Ministerio de Fomento del resto del corredor (fundamento de derecho quinto).

Esto es, que se había considerado por las partes un aleas más específico y propio de la concesión del tramo concreto del corredor que el riesgo concesional standard, o que el riesgo de explotación incorporado a una concesión de obra pública, o que el genérico riesgo de demanda derivado de no alcanzar el tráfico real el previsto por la actora.

En síntesis, los términos tenidos en cuenta para la contratación ya contemplaban ese riesgo diferencial concreto, expresando que se ignoraba cuándo se acabaría la infraestructura en los

tramos no navarros. La Administración y la adjudicataria saben que el funcionamiento del completo corredor sólo podría producirse a partir de 2020. Por ello, no se puede invocar un cambio en las condiciones a que las partes se atienen al contratar que consistiera en que no se hubiese terminado el corredor, pues las circunstancias que ambas partes sopesaban al signar el contrato eran las mismas que cuando la concesionaria reclama: no tiene por qué terminarse la infraestructura antes de 2020 y, menos aún, cuando se insta la reclamación, muchos años antes de ese término. El “riesgo” de que la completa infraestructura no se complete antes de 2020 es realmente una condición contemplada en la documentación contractual, no imprevisible, sino prevista expresamente.

La STSJN reproduce las menciones expresas del Estudio de Viabilidad, que advierte que el mismo no supone ningún compromiso de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra frente a posibles licitadores y recoge un riesgo diferencial, propio de la concreta concesión que analizamos, consistente en la programación que el Ministerio de Fomento realice en su política de infraestructuras¹⁷. La misma puede producir, con trascendencia para la concesión del tramo, un doble efecto:

- por un lado, el desarrollo de esa competencia estatal determinará el momento en que finalicen los tramos aragoneses y catalanes del corredor (momento desconocido y aventurado por los aspirantes a la adjudicación por su cuenta y a su riesgo);
- por otro, un posible desdoblamiento de otras carreteras que compitan con el corredor.

¹⁷ Según el estudio, el tráfico del tramo se encuentra sometido a riesgos exógenos, dependientes de los cambios de política de infraestructuras que finalmente pueda introducir el Ministerio de Fomento como Administración responsable pero externa al contrato de concesión.

Ese estudio previene que el pliego habrá de establecer que el concesionario asuma el riesgo y ventura de la evolución del tráfico, sin que pueda reclamarse de la Administración foral compensación por separarse el volumen real de tráfico del previsto a efectos informativos por esa Administración foral o del aventurado por el licitador (eventual concesionario) en su oferta. Expresamente manifiesta que los compromisos del Ministerio de Fomento no tienen fecha cierta, sólo un límite máximo (habrán de ser ejecutadas antes de 2020), existiendo diversos escenarios posibles con influencia en el tráfico captado.

También la STSJN hace alusión a la Orden Foral que se anexa al contrato y que contiene las respuestas a preguntas de los concurrentes, en el sentido de que las fechas de la apertura del completo corredor serán las estimadas por cada licitador y de que no se conoce por la Administración que ofrece la concesión cuándo pueda terminarse por el Estado el tramo entre el límite de Navarra y Jaca¹⁸.

Así, la concesionaria era perfectamente consciente de la incertidumbre que se cernía sobre la construcción de los tramos competencia del Ministerio de Fomento ya antes de contratar y (claro está) al contratar.

¹⁸ La Orden Foral 47/2009, de 11 de mayo, de la Consejera de Obras Públicas, contesta a las preguntas formuladas tras una reunión informativa previa y se incorpora como anexo 4 al contrato de concesión. En cuanto a la pregunta relativa a la apertura completa al tráfico del corredor del que forma parte el tramo navarro de la A-21 y del desdoblamiento previsto, contesta que las fechas a considerar serán las estimadas por el licitador en su oferta, no siendo requisito de la Administración que haya homogeneidad en este aspecto. Y en cuanto a la cuestión formulada acerca de si se dispone de información precisa sobre la fecha en que entrará en explotación el tramo aragonés entre límite Navarra y Jaca, se responde: "*No se dispone de esta información*".

El fundamento de derecho quinto de la STSJN también examina la Cláusula 6 PCAP y la cláusula 7 del Contrato, que previenen la explotación de la infraestructura a riesgo y ventura del concesionario *"en su sentido más amplio"*, incluyendo la evolución del tráfico consecuencia de menor o mayor utilización de la autovía en relación con las estimaciones del Plan económico financiero. Y se especifican otros riesgos que asume en cuanto al tráfico, que la STSJN detalla.

Se reitera en las respectivas cláusulas 48 del PCAP y 39 del contrato que la ejecución del contrato será a riesgo y ventura del concesionario y que el reequilibrio económico-financiero sólo surgirá en los supuestos prevenidos por el artículo 157 LFCP. Se entenderá, salvo circunstancias extraordinarias legalmente previstas, que el equilibrio económico-financiero se mantiene si se aprueban las TCD y TCEIS según lo estipulado y se pagan conforme a lo pactado (en síntesis, las cantidades que ha de abonar la Administración Foral en concepto de Canon de Demanda y de Canon de Estado de la Infraestructura y de Calidad del Servicio).

B) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La STS apunta en su fundamento de derecho quinto que:

"... la posibilidad de no llevarse a cabo la construcción de los tramos del Corredor Pirenaico, situados fuera de Navarra, y correspondientes al Ministerio de Fomento, "no es una circunstancia imprevisible y sobrevenida en la formalización del contrato de concesión con el Gobierno de Navarra", como pone de manifiesto la sentencia de instancia, por cuanto riesgo de referencia estaba previsto en la contratación (ya que no se conocía el final de la construcción de los otros tramos) y así lo ratifica la Orden Foral 47/2009, de 11 de mayo, de la Consejera de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, citada en la misma sentencia.

Es evidente que la causa del menor tráfico en el tramo construido por la concesionaria es la no terminación del Corredor, en la parte correspondiente al Ministerio de Fomento, pero tal riesgo -con los datos que figuran en las actuaciones- era un riesgo derivado de errores de apreciación de la propia recurrente, tratándose de un riesgo no imprevisible ni imprevisto, por cuanto se conocía perfectamente, por la concesionaria recurrente, tal incertidumbre antes y en el momento de la contratación, como se deduce del Estudio de viabilidad, previo a la realización de las ofertas y conocido por todos los licitadores, del que se deduce como la captación de tráfico está sujeta a factores exógenos, dependientes, entre otras causas, de los cambios de política de infraestructuras que pudiera introducir el Ministerio de Fomento, posiblemente debidos a la crisis económica cuyas consecuencias se plasman en los documentos oficiales que cita la sentencia de instancia”.

Incide en esta cuestión también el fundamento de derecho séptimo, en sistemática forzada por el análisis de cada motivo del recurso de casación, que le impulsa a volver a considerar este punto. Lo hace en los términos siguientes:

“3. Que la posibilidad de la no construcción de los tramos, situados fuera de Navarra, correspondientes al Ministerio de Fomento “no es una circunstancia imprevisible y sobrevenida en la formalización del contrato de concesión con el Gobierno de Navarra” tal y como la sentencia deduce del Estudio de Viabilidad en la que se hace referencia a los “riesgos exógenos” como podían ser “la finalización de los tramos aragoneses y catalanes, bajo la responsabilidad del Ministerio de Fomento” , o bien el despoblamiento, por el mismo Ministerio, antes de 2020, de la N-232 (Bilbao-Zaragoza) y de la N-II (en su tramo Zaragoza-Lérida). Y,

4. Que, igualmente, la sentencia hace referencia a la Orden Foral 47/2009, de 11 de mayo, de la Consejera de Obras

Públicas, Transportes y Comunicaciones, de Contestación a las preguntas formuladas tras la reunión informativa previa.

Por todo ello la sentencia de instancia llega a la conclusión siguiente:

" En definitiva, la concesionaria sabía que existía un grado de incertidumbre sobre la construcción de los tramos cuya licitación correspondía al Ministerio de Fomento ya en el momento de la contratación, lo que destierra la imprevisibilidad como condición necesaria para el reequilibrio de las prestaciones."

Esta es, pues, la razón de decidir de la sentencia, adoptada en el marco de la doctrina general, establecida en las SSTs invocadas como de contraste."¹⁹

En consecuencia, no aparece una de las causas habilitadoras del reequilibrio de la concesión consistente en el llamado "riesgo imprevisible".

La locución "riesgo imprevisible" define el advenimiento con carácter extraordinario de sucesos que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato, pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad²⁰.

Las circunstancias -contempladas por las sentencias que analizamos- que las partes tuvieron a la vista al perfeccionarse

¹⁹ Eran las ya citadas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (recurso de casación núm. 54/2013) y 28 de enero de 2015 (recurso contencioso-administrativo núm. 449/2012).

²⁰ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 16 de junio de 2009 (recurso de casación núm. 4555/2007) y de 25 de abril de 2008 (recurso de casación núm. 5038/2008).

el contrato, a que se ha hecho referencia, justifican su conclusión de que no ha surgido el “riesgo imprevisible” como figura habilitante para restaurar el equilibrio económico, pues la supuesta disminución del tráfico respecto del conjeturado era un riesgo previsible y además, expresamente previsto en el contrato.

No ha concurrido alteración alguna de los términos considerados por las partes para la adjudicación de la concesión. Y, desde esta perspectiva, no ha sobrevenido un riesgo imprevisible. Antes bien, el mismo era perfectamente previsible, con sustento en las premisas antes enunciadas.

Así lo expresa la STS. En su fundamento de derecho sexto, se analiza la supuesta infracción de la doctrina de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (recurso 566/2008), a que se hará posterior alusión. Y en interpretación de esa resolución manifiesta que una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos. En nuestro caso, nos encontramos ante un retraso previsible y difícilmente no contemplado. Y el fundamento de derecho séptimo a que hemos aludido anteriormente reafirma la previsibilidad del riesgo.

4.3. Conclusión de las resoluciones judiciales: Inexistencia de alteración en las condiciones contempladas por las partes

De estos razonamientos, se extrae una primera conclusión:

Aunque hubiera surgido temporalmente el evento que pusiera de manifiesto el supuesto desequilibrio (recordemos que las sentencias estudiadas han concluido que no), éste no habría

producido alteración en los términos de la concesión: no habría desequilibrio alguno que acreditase su restablecimiento.

5.- APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2011

5.1 Introducción. El “factum principis”.

Hemos visto que, según las resoluciones que comentamos, no ha existido quiebra del balance de la concesión que pueda o deba ser corregida.

No obstante, ya la STSJN dedicaba su fundamento de derecho sexto a examinar la posible concurrencia del factum principis como causa legalmente habilitante del reequilibrio, de haber éste surgido.

Como hemos visto, los correspondientes apartados 2 tanto del artículo 241 Ley 30/2007 como del 157 LFCP imponían restablecer el equilibrio (en caso de que no respeten los términos tenidos en cuenta para la adjudicación) cuando –entre otros casos- b) actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

La STSJN recepciona el concepto de factum principis ofrecido por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 (recurso 8202/2004).²¹

²¹ Esa sentencia circunscribe el juego del factum principis a *“la adopción por la Administración de medidas de carácter económico o social, acordadas al margen del contrato, que tienen una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las*

La STS, por su parte, no se detiene en un análisis del principio desde parámetros dogmáticos. No se cuestiona aquí si el “factum principis” ha advenido o no, sino si responde de sus consecuencias la Administración no autora del hecho ajeno al contrato.

5.2 La actuación de otra Administración diferente a la contratante que pueda alterar el equilibrio concesional. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (recurso 566/2008).²²

La STS REC 566/2008, aun analizada por la STSJN dentro del fundamento de derecho dedicado al factum principis, huye de desarrollar una doctrina de tal supuesto habilitante del reequilibrio concesional. Al contrario, la STS REC 566/2008 sólo menciona el factum principis cuando expone las posiciones de las partes, que la citan. Entiendo que sustenta su pronunciamiento más bien en la aplicación del “riesgo imprevisible”, pero puede convenirse con la STSJN en que la STS REC 566/2008 identifica el “princeps” que debe responder, exigiendo que sea el mismo concesionario.

En lo que resulta de relevancia, la STS REC 566/2008²³ examina la influencia que pueda tener sobre equilibrio concesional:

partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario”.

²² En adelante, STS REC 566/2008.

²³ Otros análisis más profundos de la STS REC 566/2008. El primero por CASARES MARCOS, A.B., “Límites al riesgo y ventura del concesionario de obras públicas: restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión de la autopista AP-41 Madrid-Toledo (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, Sala 3ª, Sección 7ª. Recurso contencioso administrativo núm. 566/2008)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coord.), *Administración y justicia: un análisis*

1.- Por un lado, la construcción de infraestructuras por otra Administración (deshablamiento de una vía que resta tráfico a la vía explotada por el concesionario-demandante). Al respecto resuelve que la construcción de infraestructuras por otras Administraciones no conlleva el reequilibrio, menos aún cuando era previsible.

2.- Y, por otro, la no ejecución por parte de la misma Administración concedente de otras obras de infraestructuras necesarias para la viabilidad de la propia concesión (no construcción de la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba, corredor del que la AP-41 era el primer tramo) por la declaración negativa de impacto ambiental. Desde este punto de vista, concluye que la no ejecución -pero por parte de la misma Administración- de otras obras conectadas con el objeto de la concesión y por causa imprevisible (no obtención de declaración positiva de impacto ambiental) puede provocar el reequilibrio del balance concesional.

A) LAS CIRCUNSTANCIAS CONTEMPLADAS EN LA STS REC 566/2008

jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, Vol. 1, 2012, ISBN 978-84-470-3877-0, págs. 917-944.

El segundo estudio por GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., "*Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011*", en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coord.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. 1, 2012, ISBN 978-84-470-3877-0 págs. 1313-1332.

El tercero, por CARUZ ARCOS, E., "*¿La mejora de las infraestructuras de transporte puede constituir un hecho imprevisible que afecte al equilibrio económico-financiero de una concesión de obra pública?*", Revista Aranzadi Doctrinal num. 2/2011. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011, ISSN 1889-4380 págs. 47-56.

Según la STS REC 566/2008, el desdoblamiento de la M-40 (competencia de la Comunidad Autónoma) resta tráfico a la AP-41 (competencia de la Administración del Estado y objeto de la concesión adjudicada a la actora).

Pues bien, la STS REC 566/2008 desestima la reclamación de reequilibrio sustentada en la actuación de una Administración ajena a la concedente²⁴.

La STS REC 566/2008 descansa sobre todo en que la concesionaria, dados los antecedentes del caso, no podía ignorar la posibilidad cierta del desdoblamiento, a pesar de la falta de publicación del desdoblamiento en el momento de la licitación. La Sala pone, pues, el acento en que la posibilidad del desdoblamiento no es un hecho imprevisible y extraordinario, fuera del riesgo y ventura del contratista.

Y también subraya que no se pueden coartar las competencias de las Administraciones respecto al desarrollo de sus infraestructuras. Sobre todo, si es otra Administración la que decide el desdoblamiento²⁵. En la documentación contractual rectora de la concesión, se preveía expresamente que no había obligación de reestablecer el equilibrio por actuaciones de otras Administraciones Públicas conocidas antes de la adjudicación de la concesión. Ello no significa que sí responda por actuaciones no previstas de otras Administraciones. El principio de coordinación es consustancial a la acción de la Administración y, concretamente, las infraestructuras viarias han de integrarse en redes. Pero no implica que una Administración deba asumir las consecuencias de decisiones tomadas en el ámbito de sus competencias por otra entidad pública. Si se quieren atribuir a

²⁴ La porción más cuantiosa económicamente del importe reclamado en aquel caso.

²⁵ No constituyen para la STS REC 566/2008 óbice a esa conclusión ni la cláusula 8 del pliego ni el nuevo pliego tipo, ni el principio de coordinación, ni la ley 25/1988, ni la legislación de contratos, cuyo examen pormenorizado efectúa.

la Administración concedente los perjuicios²⁶ derivados de las actuaciones de otra distinta, habrá de mediar algo más que la sola producción de un menoscabo a causa de hechos ajenos a ella. No se ha establecido un principio general de responsabilidad objetiva para la misma, como confirma el invocado artículo 248 del texto vigente en aquel momento (luego, el denunciado como infringido artículo 258), que no extiende la responsabilidad de la Administración a hechos ajenos.

La STS REC 566/2008 efectúa una interpretación de ese precepto (del mismo contenido que el 241 de la Ley 30/2007 y del 157 de la LFCP), a cuya vista concluye que el sujeto Administración enunciado en ambos supuestos es el mismo (apartado 2, a y b). Esto es, que la Administración que pueda modificar las condiciones de explotación de la obra (que no es otra que la que adjudica) es la misma que la Administración (designada de igual manera) que actúe determinando de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. El precepto, en ambas letras, se refiere a una única Administración, a la misma que puede modificar el contrato, que se designa de igual manera en el apartado relativo al *factum principis* y en el referente al *ius variandi* (que puede llevar a cabo el ente dueño de la obra).

B) CONTRASTE ENTRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA STS REC 566/2008 Y LAS DEL CASO QUE EXAMINAMOS.

Las coincidencias entre ambos supuestos justifican que tanto la STSJN como la STS apliquen la misma consecuencia: la Administración de la Comunidad Foral no ha de reequilibrar la concesión por un (supuesto) desequilibrio derivado de actos de otra Administración pública.

²⁶ La STS REC 566/2008 utiliza este término “perjuicios” para referirse a las consecuencias dañosas que sufra el concesionario por el desequilibrio concesional que sobreviene.

La STS REC 566/2008 identifica la actuación desequilibrante como el desdoblamiento de una carretera, previsible, aunque no aparecía contemplado expresamente en la concesión de la autopista.

En el caso de las sentencias que aquí analizamos, la conducta de otra Administración con posible repercusión en la concesión aparece expresamente prevista.

Así, las razones que la STS REC 566/2008 expone para la no extensión de la obligación de reequilibrio a la Administración concedente por actos de otra Administración concurren aquí y reforzadamente.²⁷

5.3. La omisión -atribuible a la misma Administración concedente- de la construcción de una infraestructura que puede alterar el equilibrio concesional

A) LAS CIRCUNSTANCIAS TENIDAS EN CUENTA POR LA STS REC 566/2008.

²⁷ La doctrina de la STS REC 566/2008 es invocada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014 (recurso número 486/2011). En ella se desestima la pretensión de reequilibrio de la concesión de una autopista de peaje, como consecuencia de la drástica reducción del tráfico respecto al volumen previsto. Las ofertas son hechas por los licitadores bajo su exclusivo criterio y responsabilidad. La oferta de la concesionaria incluía el estudio de tráfico elaborado por ella misma a su riesgo y ventura. El aleas de las desviaciones de tráfico que hayan podido producirse pesa sobre la concesionaria. Es inherente al riesgo y ventura que caracteriza a la concesión el llamado "riesgo de demanda". La merma del flujo de vehículos se encuentra dentro del ámbito del riesgo y ventura del concesionario. La segunda cuestión relevante en esa sentencia de 2014 del Tribunal Supremo radica en la pretendida disminución de tráficos en razón de la remodelación y mejora de la A-4. Y esa sentencia toma en expresa consideración y reproduce lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la tan repetida STS REC 566/2008.

Ha de examinarse ahora el análisis que efectúa la STS REC 566/2008 respecto de la no ejecución por parte de la misma Administración concedente de otras obras de infraestructuras necesarias para la viabilidad de la propia concesión.

Esta vertiente (que da lugar a pronunciamiento condenatorio) merece un exiguo análisis expreso por parte de la STSJN.

La STS REC 566/2008 aprecia responsabilidad de la Administración del Estado en orden al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión causado por su propia inactividad. El que no se pusiera en servicio el completo corredor en que se integraba la infraestructura objeto de la concesión afectaba decisivamente al equilibrio económico de la misma.

En el supuesto de la STS REC 566/2008, es la actuación de la misma Administración (al no continuar la completa infraestructura a que se incorporaba la autopista objeto de concesión) la que determina la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

Además, en el caso examinado por la STS REC 566/2008 existía un grado de imprevisibilidad, esto es, *“la falta de construcción de la autopista a Córdoba desde Toledo sea (es) un hecho extraordinario e imprevisible del que no debe responder el concesionario”*.

Como recuerda la STS REC 566/2008, esa imprevisibilidad deriva de que la interrupción de la construcción de la completa infraestructura obedeció a que la declaración de impacto ambiental del proyecto fue negativa.

La STS REC 566/2008 aplica a esas premisas la misma línea de razonamiento que la examinada anteriormente respecto de la primera causa de reequilibrio. El fundamento sexto de la STS REC 566/2008, aunque no reproduce íntegramente la

motivación del quinto, parte del mismo y, en una operación racional que puede reputarse coherente, aplica la misma norma y los mismos principios en uno y en otro razonamiento jurídico.

Esto es, que procede el reequilibrio por dos razones:

1. Porque la no continuación del completo corredor deriva de un hecho imprevisible, la declaración negativa de impacto ambiental del proyecto.
2. Y porque esa falta de culminación del completo corredor se debe a la misma Administración Pública.

B) CONTRASTE ENTRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA STS REC 566/2008 Y LAS DEL SUPUESTO RESUELTO POR LA SENTENCIA OBJETO DE ESTE COMENTARIO.

La concesionaria del corredor navarro solicitaba se aplicase la consecuencia condenatoria que sobre esa segunda vertiente de la reclamación de reequilibrio adopta la STS REC 566/2008. Pero esa pretensión supondría una contradicción con lo que la propia STS REC 566/2008 declara terminantemente: que una Administración no ha de devolver la proporción concesional como consecuencia de un supuesto desequilibrio derivado de actos (aún imprevisibles) de otra Administración pública.

Como se ha anticipado, el fundamento de derecho sexto de la STS REC 566/2008 es coherente con el fundamento de derecho quinto. Su diferente consecuencia deriva de las diversas circunstancias que confluyen en cada uno de los supuestos de reequilibrio examinados en ambos fundamentos jurídicos.

Existe una coincidencia ente el supuesto de la STS REC 566/2008 y el que resuelve la STS y analizamos aquí: se examina en ambos casos la repercusión de la falta de continuación del corredor de que forma parte la infraestructura en concesión.

Pero en el caso examinado por la STS REC 566/2008 el riesgo de que no se continuara el corredor era imprevisible (declaración negativa de impacto ambiental).

En el caso objeto de la STS que comentamos, por el contrario, la no continuación de la infraestructura completa en los plazos parciales aventurados en la oferta no era imprevisible. Por el contrario, estaba prevista la discrepancia entre el tráfico previsto y el real por las vicisitudes de la puesta en funcionamiento de la obra en todos sus tramos debidas al ejercicio de competencias de otra Administración, la del Estado.

Se mantienen, pues, los términos considerados para la adjudicación de la concesión.

Y otra diferencia –esencial- entre el supuesto de la STS REC 566/2008 y el de la STS que motiva este comentario estriba en que la primera sentencia examina un caso en que es la actuación de la misma Administración (al no continuar la completa infraestructura a que se incorporaba la autopista objeto de concesión) la que determina la ruptura sustancial de la economía de la concesión. En nuestro caso, no es la Administración concedente quien deja de poner en funcionamiento el resto del corredor. Se trata de otra Administración.

La repercusión de la actuación de otra Administración en la concesión ha sido pacientemente analizada por la misma STS REC 566/2008 en el fundamento de derecho quinto, excluyendo que compela al reequilibrio por parte de la concedente.

La diferente consecuencia que la STS REC 566/2008 aplica a la segunda vertiente de la petición de reequilibrio se justifica como hemos anticipado. El fundamento de derecho sexto de la sentencia de esa Sala del Tribunal Supremo no instaura una doctrina autónoma e independiente de la que desarrolla la misma resolución judicial en el fundamento de derecho quinto.

Al contrario, la STS REC 566/2008 guarda perfecta congruencia entre ambos razonamientos lógico-jurídicos.

Así, en el quinto, la STS REC 566/2008 considera que no hay derecho a reequilibrio alguno:

-Al no modificarse los términos considerados para la adjudicación de la concesión, pues el riesgo de un descenso en el tráfico previsto por la actuación de otra Administración estaba implícitamente previsto (en el caso que examinamos aquí, explícitamente) y

-Al derivar esa merma de la actuación de otra Administración pública (como en el caso presente).

No obstante, en el fundamento de derecho sexto, entiende que procede el reequilibrio:

-Dado que la no continuación del completo corredor deriva de un hecho imprevisible -la declaración negativa de impacto ambiental del proyecto- (mientras que en nuestro caso estaba prevista la discrepancia entre el tráfico previsto y el real por las vicisitudes de la puesta en funcionamiento de la obra en todos sus tramos debidos al ejercicio de competencias de otra Administración) y

-Dado que esa falta de terminación del completo corredor se debe a la misma Administración Pública (a diferencia de nuestro caso).

En suma, el fundamento de derecho sexto aplicaría idéntico razonamiento que el quinto y no lo contradiría: los términos tenidos en cuenta al adjudicarse la concesión (previsibilidad) se han alterado y justamente por actos de la propia Administración (la concedente) lo que la integra dentro del término "Administración" a que alude el apartado 2 del invocado artículo 248 del texto regulador de la contratación aplicable *ratione temporis* al caso examinado por esa STS REC 566/2008.

Así pues, el pronunciamiento (estimatorio) de la STS REC 566/2008 respecto de la segunda vertiente de la petición de reequilibrio es compatible con el pronunciamiento (desestimatorio) de esta misma sentencia.

5.4. La aplicación de la mentada doctrina al caso analizado por la STS que comentamos

En el supuesto que examinamos, las actuaciones a las que se imputa la ruptura del equilibrio concesional son llevadas a cabo por la Administración General del Estado y son ajenas al Gobierno de Navarra, que ha cumplido las condiciones del contrato de concesión. La Administración foral no puede imponer a la Administración del Estado el cumplimiento de las previsiones contenidas en el PEIT 2005-2020. Entendía ya la confirmada STSJN que ni el artículo 157 de la LFCP ni el artículo 258 de la Ley 30/2007 (el 241, en realidad) contemplan la posibilidad de que sea otra Administración distinta a la contratante quien ocasione el desequilibrio del contrato por la adopción de medidas de carácter económico o social que tengan una repercusión negativa en su ejecución. Sin embargo, la STSJN apunta que esta posibilidad se desprende de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2009 (recurso 4708/2006) citada por la parte actora²⁸.

²⁸ La citada resolución judicial de 24 de marzo de 2009 se limita a permitir la iniciación de un procedimiento para el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de la carretera M- 45, afectada por la ejecución del proyecto de construcción de la Unión de Carreteras M-45 y M-50. Sólo examina el primer motivo de casación. Ciertamente, la unión de carreteras correspondía a la Administración del Estado y la petición de reequilibrio se dirige a la Comunidad de Madrid. Pero esa resolución sólo compele a iniciar el procedimiento en la Comunidad, no dice que necesariamente debiera responder ésta, conclusión que vendría contradicha por la clara doctrina de su (posterior) sentencia de 16 de mayo de 2011.

La STS que confirma el pronunciamiento de la STSJN analiza esa STS REC 566/2008 al resolver uno de los motivos del recurso de casación articulados por la concesionaria, que denunciaba infracción de la doctrina de esa última resolución, y concluye que la sentencia recurrida (STSJN) interpreta y traduce al caso de forma correcta la doctrina de la STS REC 566/2008.

El TS señala que el fundamento de derecho sexto de esa STS REC 566/2008 no contiene referencia alguna a la intervención de otra Administración, dado que en la construcción de la AP-41, tanto la evolución del impacto ambiental como la continuación de la infraestructura correspondían a la competencia de la misma Administración, la estatal.

Las referencias a la intervención de otra Administración, la de la Comunidad Autónoma de Madrid, se ubican en el fundamento de derecho quinto STS REC 566/2008, justamente el que razona sobre la desestimación de la pretensión de reequilibrio. Se rechaza esa pretensión, en cuanto que el desdoblamiento de la M-407 era un hecho previsible, pues esa carretera no sólo podía ser desdoblada, sino que debía ser mejorada a través de esa u otra medida.

Ciertamente la STS REC 566/2008 examina el hecho de que ese desdoblamiento previsible se realizara por otra Administración de la que había licitado la AP-41. Así, a la previsibilidad de que el desdoblamiento se lleve a cabo se opone la dificultad de prever que se haga, dado que conviene a una diferente Administración territorial.

Para la STS, la recurrente pretende extrapolar al supuesto de autos la imprevisibilidad declarada (en relación con la continuidad del corredor a Andalucía), y, al mismo tiempo, las referencias de la STS REC 566/2008 a la concurrencia de dos Administraciones (tomadas en consideración, justamente, para

apoyar la tesis de la previsibilidad del desdoblamiento de la M-407 por la Comunidad de Madrid).

Lo que decía la STS REC 566/2008 es que una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos. Del principio de coordinación no se sigue que una de ellas, en este caso la General del Estado, deba asumir las consecuencias de decisiones tomadas en el ámbito de sus competencias por la Comunidad de Madrid.

Por eso el TS en su sentencia de diciembre de 2019 que comentamos (STS) ratifica la aplicación de la doctrina de la STS REC 566/2008 que realiza la sentencia de instancia, entendiendo que:

- No es trasladable al supuesto de autos la declaración de imprevisibilidad que la STS efectúa de la no continuidad del Corredor de Andalucía.
- Y que sí es transferible, por el contrario, en cuanto argumento complementario a la de previsibilidad del desdoblamiento, la declaración que la STS REC 566/2008 lleva a cabo en relación con la imposibilidad de declarar el derecho al reequilibrio económico financiero de la concesión, por actuaciones - además, posteriores- de una Administración diferente.

Aplicando esas apreciaciones al caso que la sentencia de 2019 examina, la STS entiende, que no se trata de una inexecución definitiva -como ocurriera con el non nato Corredor de Andalucía- sino de un retraso del Corredor Pirenaico de cuya no construcción, por una Administración diferente, se pretende obtener el reequilibrio de la concesión antes del límite temporal

previsto, siendo, en realidad, como venimos señalando, un retraso previsible y difícilmente no contemplado.

Esto es, que rechaza la petición de reequilibrio sustentado en la sentencia de contraste, atendiendo a estas notas:

- previsibilidad,
- retraso, que no inejecución definitiva del corredor, e
- imputabilidad a otra Administración diferente a la que contrata con el concesionario.

6.- ARGUMENTACIÓN PROPIA DE LA STS RELATIVA A LA INTERVENCIÓN DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA DE LA CONCEDENTE QUE PUEDA ALTERAR EL EQUILIBRIO PRESTACIONAL

Complementando su fundamentación, y en otra ubicación (fundamento de derecho octavo), la STS desestima el motivo casacional relativo a la supuesta infracción del artículo 258.4.b y del 241.2.b de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En ese motivo, la recurrente considera que el término "Administración" incluye a otras administraciones diferentes de la contratante que puedan impactar en el equilibrio de la concesión. La Sala califica de "sugerente" la argumentación de la recurrente, atributo que, no obstante, no le convence para su favorable acogida.

Sola y exclusivamente la Administración que adjudica la concesión de la obra es la que puede variar -y no otra- el contenido del contrato afectando al equilibrio económico financiero del mismo. Y así el precepto reputado infringido dice que el mantenimiento de su equilibrio económico se impone "*en los términos que fueron considerados para su adjudicación*", esto es, en las condiciones que fueron tenidas en cuenta para su adjudicación por la Administración que llevó a cabo la misma y que firmó el contrato.

La intervención, actuación o no actuación de un tercero -aunque sea otra Administración- no puede incidir en el vínculo jurídico, bilateral y sinalagmático, que la concesión y el contrato implican. *"Y, mucho menos, tal intervención externa al citado vínculo jurídico, puede ser determinante de una exigencia de mantenimiento del equilibrio por parte de una Administración que ha cumplido, estrictamente, con su vínculo bilateral pactado."*

El propio precepto requiere que *"las actuaciones de la Administración, que puedan dar lugar a una ruptura sustancial de la economía de la concesión, han de llevarse a cabo "de forma directa"*.

De esa expresión ha de inferirse que sólo la Administración implicada en la concesión es la que, "de forma directa", puede provocar la ruptura sustancial de la economía de la misma. La intervención de otras Administraciones sería una intervención indirecta, pero sin entidad para afectar al equilibrio del contrato. Y dentro de la otra causa de alteración del citado equilibrio -la "fuerza mayor"- no tienen cabida las actuaciones de otra Administración, y menos con los motivos por lo que aquí ha actuado la Administración del Estado.

Recalca la STS:

"(S)ólo la misma Administración vinculada por la concesión y el contrato -sólo ella- es la que cuenta con posibilidades competenciales para modificar el contrato y así determinar la ruptura del equilibrio económico que está obligada a mantener."

Desde otra perspectiva, el fundamento de derecho décimo de la STS desecha la invocada vulneración del entonces vigente artículo 140.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPA), que recogía el

principio de responsabilidad solidaria para aquellos supuestos en los que concurrieran actuaciones de diferentes Administraciones. Y en ese razonamiento, la STS entiende que el precepto incluye la solidaridad de diferentes Administraciones en el supuesto de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Pero nos hallamos ante una reclamación de reequilibrio económico financiero de una concesión de obra pública.

Es "cierta la existencia de algún tipo de pacto o convenio para el diseño y configuración del proyecto del Corredor Pirenaico - ejecutando tanto Navarra como el Ministerio de Fomento su parte correspondiente-, pero tal actuación conjunta no cuenta con entidad para trasladar la supuesta responsabilidad del Estado a Navarra, cuando la relación de la entidad recurrente lo ha sido exclusivamente con el Gobierno de Navarra, y como consecuencia de la concreta licitación y adjudicación de una obra pública, sin que en la misma haya intervenido el Estado". La relación bilateral sólo se ha producido entre la recurrente y el Gobierno de Navarra.

Por ello, tampoco por esta razón cabe atribuir la responsabilidad de un supuesto reequilibrio concesional a la entidad concedente.

7. CONCLUSIONES

-En el caso examinado, no ha surgido el desequilibrio, pues la programación en que se inserta la infraestructura completa en los tramos competencia del Estado preveía su finalización para 2020, año que no había llegado al ejercitarse la pretensión, y no había tampoco transcurrido el planeado plazo de ramp-up.

-Tampoco se produce el desequilibrio, pues los términos considerados en la concesión contemplaban el riesgo específico de que la demanda de tráfico no alcanzase los volúmenes previstos y concretamente por la causa de desconocerse la

terminación del corredor en los tramos no navarros. No sobreviene el factor habilitante de reequilibrio conocido como riesgo imprevisible.

-La Administración concedente de la explotación de una obra pública no responde por el desequilibrio causado por los actos u omisiones de otra Administración, aunque esa conducta consista en la falta de puesta en funcionamiento de un corredor en que se inserte el tramo objeto de la concesión. El “princeps” concedente no es el causante de la falta de construcción de la completa infraestructura. Hoy hay que atender al efecto prevenido por el artículo 270.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Esta conclusión no puede desconectarse de la anterior, pues la STS contempla una concreta concesión en la que se tiene en cuenta expresamente el riesgo o aleas referido a la actuación de otra Administración pública en cuanto responsable del resto de la completa infraestructura.

No obstante, la STS mantiene que el concesionario responde de las consecuencias del hecho alterador del equilibrio concesional siempre que sea el “príncipeps” autor del hecho alterador. Y lo sustenta en abundante justificación argumental, desarrollada con carácter autónomo e independiente de la previsibilidad del riesgo concurrente en este supuesto.



ANÁLISIS CRÍTICO DEL EMPLEO DE UMBRALES DE SACIEDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA VALORACIÓN DEL CRITERIO DE ADJUDICACIÓN “PRECIO”

D. Roberto Carrodegua Méndez

Funcionario con Habilitación de Carácter Nacional. Máster en
Contratación Pública Local

Trabajo fin de Curso Título Universitario “Especialista en
Contratos Públicos”, 2.ª Edición, julio 2020 - organizado por la
Universidad a Distancia de Madrid y dirigido por Dr. Jaime
Pintos Santiago-

Resumen: El precio constituye el criterio de adjudicación por excelencia en la contratación pública. De igual modo, cuando existen varios criterios de adjudicación, la elección de la fórmula matemática para su valoración por el órgano de contratación resulta esencial, no siendo una decisión neutra para el licitador. En este sentido, una de las cuestiones que mayor interés ha despertado en la valoración de las ofertas económicas es lo que la doctrina ha venido a denominar “umbrales de saciedad”. Es decir, el empleo en los pliegos de licitación de distintas fórmulas matemáticas que sirven para limitar la valoración de las ofertas y no conceder puntos

adicionales a aquellas proposiciones que sean inferiores a una determinada cifra. Su legalidad no ha estado exenta de polémica, existiendo, en este sentido, pronunciamientos contradictorios de diferentes Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

A la luz de la normativa, jurisprudencia y doctrina legal en la materia, este trabajo aborda el análisis del criterio de adjudicación "precio" y la viabilidad jurídica de este tipo de fórmulas matemáticas. Todo ello, desde la perspectiva de la imperiosa necesidad de garantizar los principios generales de la contratación pública.

Palabras clave: Contratos públicos, precio, criterios de adjudicación, fórmulas de valoración, umbrales de saciedad.

Abstract: Price is by excellence the award criterion in public procurement. Similarly, when there are several award criteria, the choice of the mathematical formula for its assessment by the contracting authority is essential, not being a neutral decision for the bidder. In this sense, one of the issues that has aroused the greater interest in the evaluation of economic offers is what the doctrine has come to call "satiety thresholds". That is to say, the use in the bidding documents of different mathematical formulas that serve to limit the evaluation of the offers and not to grant additional points to those proposals that are less than a certain figure. Its legality has not been without controversy, and in this sense there are contradictory pronouncements from different Administrative Courts of Contractual Resources.

In light of the regulations, jurisprudence and legal doctrine on the matter, this work addresses the analysis of the "price" award criterion and the legal viability of this type of mathematical formulas. All this, from the perspective of the

imperative need to guarantee the general principles of public procurement.

Ked words: Public contracts, price, award criteria, valuation formulas, satiety thresholds.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL PRECIO. 1. Una mirada al Derecho Europeo de Contratos. 2. El criterio de adjudicación “precio” en la LCSP y sus reglas de valoración. **III. APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA LEGAL ACERCA DE LOS UMBRALES DE SACIEDAD. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA**

I. INTRODUCCIÓN

A modo introductorio, debemos destacar que el aprovisionamiento público constituye una actividad clave en el desarrollo económico europeo, ofrece un sinfín de oportunidades a las empresas –especialmente, a las pymes- y se convierte en un elemento esencial para impulsar el mercado único. Pensemos, además, que representa alrededor del 19% del PIB de la Unión, dato que obliga a configurar los procesos de compra pública -adquisición de bienes y prestación de servicios destinados a satisfacer las necesidades de los ciudadanos- de la manera más eficiente posible.

En el ámbito nacional, la norma fundamental aplicable a la contratación pública viene a ser la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/ UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

A colación de la nueva LCSP, conviene precisar que los objetivos que inspiran la nueva regulación son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar, el de conseguir una mejor relación calidad-precio. Para lograr este último, por primera vez, se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por el diseño de los criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad; concretamente, mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

En este contexto, resulta curioso destacar que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas¹.

De ahí, que el art. 1.3 de la LCSP, cabecera de la norma, determine que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos.

Y desde esta perspectiva, los arts. 131.2 y 145.1 de la LCSP disponen que la adjudicación de los contratos se realice utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, la cual se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato.

¹ Vid. Informe 17/2008, de 21 de julio, de la JCCA de Aragón.

En ese sentido, podemos observar que, con carácter general, se impone un cambio de paradigma en la contratación pública; una nueva visión estratégica en la que los criterios economicistas dejan paso a la compra socialmente responsable. Sintetizando, el precio más bajo no debe ser el factor determinante de la adjudicación del contrato público.

No obstante, este no significa que la oferta económica no siga teniendo un peso decisivo en la adjudicación de los contratos públicos, ya que el precio constituye el criterio de adjudicación por excelencia en el aprovisionamiento público.

Es reseñable indicar, adicionalmente, que el criterio precio ayuda a garantizar la objetividad e imparcialidad en los procesos de compra pública. Todo ello, en la medida que su valoración no depende de un juicio de valor, sino que se efectúa mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en el pliego (art. 146.2 LCSP).

Por ende, cuando existen varios criterios de adjudicación -que no deja de ser lo más habitual en cualquier licitación-, la elección de la fórmula de valoración del precio por el órgano de contratación resultará esencial, no siendo una decisión neutra para el licitador a la hora de confeccionar su oferta económica.

Sin embargo, a pesar de su importancia, podemos afirmar que ni el Derecho nacional ni el comunitario imponen la utilización de un método concreto para la evaluación de la oferta económica, siendo numerosas y complejas las fórmulas utilizadas por los diferentes órganos de contratación.

Pero, esta afirmación no puede conducir a una libertad absoluta del órgano de contratación a la hora de concretar las fórmulas de valoración, dado que las mismas deben garantizar el

cumplimiento de los principios generales de la contratación pública, y en especial, el de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores.

Pues bien, en los últimos tiempos, una de las cuestiones que mayor interés ha despertado en la valoración de las ofertas económicas y el diseño de las distintas fórmulas por los órganos de contratación, ha sido lo que la doctrina ha venido a denominar “umbrales de saciedad”. Es decir, el empleo en los pliegos de licitación de distintas fórmulas matemáticas que sirven para limitar la valoración de las ofertas y no conceder puntos adicionales a aquellas proposiciones que sean inferiores a una determinada cifra.

A día de hoy, la legalidad de este tipo de fórmulas no ha estado exenta de polémica, existiendo, en este sentido, pronunciamientos contradictorios de diferentes Tribunales Administrativos propios de la contratación pública; sin que, hasta el momento, la cuestión haya sido resuelta en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, a la luz de la jurisprudencia europea y la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC), este trabajo aborda la regulación de los diferentes criterios de adjudicación en la LCSP, focalizando en el análisis del criterio “precio” y en el estudio de la viabilidad jurídica de los “umbrales de saciedad”. Recalando finalmente en una visión personal sobre la licitud de este tipo de fórmulas, atendiendo a la garantía de los principios de eficiencia y competencia que deben presidir cualquier tipo de licitación pública.

II. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL PRECIO

1. Una mirada al Derecho Europeo de Contratos

En un marco normativo impuesto por el Derecho de la Unión Europea, el acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad se ha convertido en una preocupación constante en la regulación de los contratos celebrados por el sector público.

No cabe duda de que los criterios de adjudicación sirven para seleccionar la oferta que mejor satisface las necesidades de los poderes adjudicadores. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recuerda la STJCE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJCE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl)².

Ciertamente, la existencia de criterios de adjudicación distintos al precio conlleva la posible adjudicación a la oferta que no sea la más económica. Y es que, en efecto, conviene aclarar que el concepto de oferta más ventajosa no es siempre sinónimo de oferta más barata. Sobre este extremo, hay que recordar que la STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/2000, SIAC Construction Ltd contra County Council of the County of Mayo, admitió la posibilidad de adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa aunque su coste final pueda ser más elevado.

Así, la nueva visión de la contratación pública debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Es más, conforma un

² Vid. Informe 6/2014, de 3 de febrero, de la JCCA de Aragón.

elemento de lo que sería la correcta aplicación del principio de buena administración (por todas, la STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia). Por esta razón, difícilmente se podrá determinar cuál es la mejor oferta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación³.

Junto a lo anterior, debe destacarse, que a nivel comunitario, la contratación pública desempeña un papel clave que queda reflejado en la Estrategia Europa 2020⁴, constituyendo la reforma de la legislación de contratación pública una de las doce acciones prioritarias inscritas en el acta del Mercado Único⁵. Y a partir de ahí, las legislaciones europeas y nacionales abren la contratación pública a una competencia leal, por lo que los ciudadanos se pueden beneficiar de una mayor calidad al mejor precio -*value for money*-.

En este marco, el Libro Verde sobre modernización de la contratación pública de la UE⁶, con el que se pone en marcha una amplia consulta pública sobre cambios legislativos que

³ Vid. Resolución TACP Comunidad de Madrid nº 282/2019, de 22 de mayo.

⁴ Al respecto, puede consultarse Comunicación de la Comisión Europea "EUROPA 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", Bruselas, 03.03.2010. COM (2010) 2020.

⁵ Vid. Comunicación de la Comisión Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento» Bruselas, 13.4.2011 COM (2011) 206 final.

⁶ Vid. Libro Verde sobre modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente. 27.01.2011. (COM [2011] 15 final).

culminaría con la publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014 de las Directivas de contratos públicos de “cuarta generación”⁷, admite que “los poderes adjudicadores tienen libertad para decidir la importancia relativa que se debe dar a cada uno de los criterios aplicados para encontrar la oferta más ventajosa económicamente”, añadiendo que “para muchos bienes y servicios habituales ya es posible fijar exigentes normas medioambientales o sociales en las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato y, al mismo tiempo, adjudicar el contrato con arreglo al criterio del menor precio. Esto permite a los poderes adjudicadores obtener al mejor precio productos y servicios que cumplen normas exigentes”.

A su vez, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, afirma en el Considerando 89 que la noción de criterios de adjudicación es un elemento clave de la Directiva y aclara que con el fin de evitar confusiones con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como la “oferta más ventajosa desde el punto de vista económico” en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, debe utilizarse una terminología diferente para cubrir este concepto “mejor relación calidad-precio”.

A estos efectos, el Considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE recoge la posibilidad de integrar aspectos sociales y medioambientales en los criterios de adjudicación, llegando incluso a plantear el Considerando 92 la posibilidad de prohibir o restringir la aplicación del precio como único criterio “para fomentar una mayor orientación hacia la calidad de la

⁷ Son tres las nuevas Directivas: Directivas 2014/24/UE («Directiva Clásica»), 2014/23/UE («Directiva relativa a las concesiones») y 2014/25/UE («Directiva sobre servicios públicos») del Parlamento Europeo y del Consejo.

contratación pública”⁸, introduciendo el novedoso concepto del ciclo de vida, dentro de los criterios de adjudicación.

De igual modo, los arts. 67 a 69 de la Directiva clásica en materia de contratación se refieren a los criterios de adjudicación del contrato, señalando el art. 67.2 que “la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate”.

En todo caso, los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Al mismo tiempo, garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. Además, el poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores

⁸ Vid. VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “El concepto de mejor relación calidad precio. La imposibilidad de que el precio sea el factor determinante”, *Contratación Administrativa Práctica: Revista de contratación administrativas y de los contratistas*, nº 157, Septiembre-Octubre 2018.

indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios.

Asimismo, si bien es cierto que la Directiva 2014/24/UE no contiene un pronunciamiento expreso sobre la fórmula a emplear para la valoración, el Considerando 90 dice que la adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa se evalúe sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Para fomentar una mayor orientación hacia la calidad de la contratación pública, los Estados miembros deben estar autorizados a prohibir o restringir el uso solo del precio o del coste para evaluar la oferta económicamente más ventajosa cuando lo estimen adecuado.

No podemos olvidar que además de ser objetivos en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los licitadores, los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato. Es decir, deben tener conexión con el mismo por referirse a las características de la prestación contractual, debiendo ser precisos y cuantificables, ya que los criterios genéricos, ambiguos o imprecisos constituyen una infracción de los principios de transparencia y publicidad, así como del de igualdad.

En definitiva, el cambio de paradigma es evidente. Basta recordar los arts. 26 de la Directiva 93/36/CEE y 30 de la Directiva 93/37/CEE que establecían que los criterios en que se basarían los poderes adjudicadores para la adjudicación de contratos serían únicamente el precio más bajo (en nuestro

ordenamiento interno, la antigua subasta hasta la Ley de Contratos de 2007), para comprender el salto cualitativo que implica la selección de la mejor oferta sobre la base de la relación calidad-precio; y la introducción, a partir de las Directivas de tercera generación de 2004, de criterios de adjudicación basados en aspectos sociales (Considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE) y medioambientales (Considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE).

2. El criterio de adjudicación “precio” en la LCSP y sus reglas de valoración

Como hemos indicado anteriormente, para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, el órgano de contratación puede atender a un único criterio de valoración (el precio) o a varios, lo que antaño se conocía como la subasta y el concurso respectivamente. Ahora, la LCSP sostiene que los criterios de adjudicación se vinculan al concepto de calidad-precio, y ésta se evaluará con arreglo a criterios cualitativos y económicos, tal y como preceptúa el art. 145 de la LCSP.

Al mismo tiempo, el órgano de contratación goza de cierta libertad para la elección de los diferentes criterios y para fijar su ponderación, debiendo, en todo caso, motivar su decisión, teniendo en cuenta el interés público en juego. Criterios de adjudicación que deberán establecerse en los pliegos o en el documento descriptivo del contrato, siempre en función del objeto del contrato -en los términos previstos en el art. 145.6 de la LCSP-, figurando en el anuncio de licitación de la convocatoria.

De igual modo, del tenor literal del apartado 3 del art. 145 de la LCSP se desprende que en la adjudicación de la mayoría de los contratos procederá la aplicación de más de un criterio de adjudicación. En todo caso, en los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto

prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del art. 146. Entendemos, no obstante, que sería un error confundir los criterios vinculados a la calidad con los evaluables mediante juicio de valor, ya que pueden ser objeto de valoración mediante fórmulas matemáticas⁹.

Excepcionalmente, la LCSP permitirá utilizar un solo criterio para la adjudicación, debiendo estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de acuerdo con lo indicado en el art. 148 de la LCSP. Pero, es que, además, cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Eso sí, se apliquen o no fórmulas matemáticas, los criterios de adjudicación tienen que ser formulados de manera objetiva, quedando vetada cualquier posibilidad de introducir en los

⁹ En este sentido, la Resolución 15/2019, de 14 de febrero, del TARC de Castilla y León determina que “El recurrente incurre en un error manifiesto al confundir los criterios vinculados a la calidad, que en el contrato que nos ocupa deben suponer al menos el 51 por ciento de la puntuación, con los criterios que son evaluables mediante juicio de valor. El comité de expertos, de acuerdo con el artículo 146.2, sólo será exigible en el supuesto de que los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor tuvieran atribuida una mayor ponderación que la prevista para los criterios evaluables de forma automática”.

pliegos criterios subjetivos¹⁰. Por esta razón, una cláusula de este tipo, contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio, habría de calificarse como nula de pleno derecho¹¹.

Ahora bien, cabe subrayar que la posibilidad de prescindir del criterio de adjudicación "precio" es excepcional. Así, la JCCA del Estado tuvo ocasión de señalar, que si bien en el concurso el precio no es el criterio único y exclusivo, la posibilidad de excluir este factor como criterio de adjudicación debe considerarse excepcional, debiendo consignarse en el expediente las razones que justifiquen tal exclusión¹². De igual modo, destacó que es difícil de imaginar que en este tipo de contratos (se refiere a

¹⁰ Vid. STJCE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, Lianakis y otros, que declara que "se excluyen como `criterios de adjudicación´ aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión".

¹¹ Valga como referencia la Resolución TACRC nº 69/2012, en la que, con apoyo doctrinal detallado -Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis; informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 59/2009-, se concluye que "no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta".

¹² Al respecto, Informe 28/95, de 24 de octubre de 1995. "Interpretación y aplicación que debe darse a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referido a los criterios para la adjudicación del concurso".

contratos de obras) carezca de interés el factor precio, hasta el punto de no incluirlo como criterio de valoración del concurso¹³.

Por ello, podemos concluir, reproduciendo el parecer de la JCCA de Aragón, que el criterio precio tiene una vocación general que aconseja su inclusión como criterio de valoración en toda contratación pública. Es más, el art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece, como uno de los paradigmas de la correcta gestión, la eficiencia de los fondos públicos, y la "economía" del contrato es, sin duda, un elemento clave para alcanzarla.

A lo indicado, resta añadir que el principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos, reconocido en los arts. 1 y 28 de la LCSP, aconseja incluir el precio como uno de elementos esenciales para la elección de la mejor oferta. De ahí, que el criterio "precio" debe ser, con carácter general, uno de los componentes necesarios para conseguir una comparación de ofertas correcta de cara a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. En todo caso, de forma excepcional y con motivación detallada -precisando en el expediente las causas que así lo justifiquen, que deberán estar vinculadas necesariamente al objeto del contrato- se podrá prescindir de dicho criterio¹⁴.

¹³ Al respecto, Informe 29/98, de 11 de noviembre de 1998. "Diversas cuestiones relativas a los criterios de adjudicación de concursos en los contratos de obras".

¹⁴ Al respecto, Informe 2/2015, de 17 de marzo, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: La necesidad del criterio precio como criterio de valoración y circunstancias excepcionales para su no inclusión. Alcance de las mejoras, su posible consideración como oferta desproporcionada y la posibilidad de cubrir finalidades más allá del presupuesto de licitación.

Antes de proseguir, merece la pena hacer un pequeño inciso para enfatizar en la necesaria diferenciación entre los criterios de adjudicación y las reglas para su valoración. Como acertadamente apunta FUEYO BROS, “tan importante como la correcta definición de los criterios objetivos de adjudicación es la forma de valoración de los mismos, pues en el caso concreto del precio, de la adecuada formulación y posterior valoración dependerá la adjudicación del contrato”¹⁵.

No obstante, como ya se ha anticipado, debe advertirse que ni la LCSP (art. 146) ni la Directiva clásica en materia de contratación pública (art. 67) contienen normas específicas sobre la fórmula a utilizar para evaluar los criterios de adjudicación. Si bien, estos últimos deben quedar perfectamente definidos en los pliegos, así como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas; garantizándose, de esta manera, el cumplimiento de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad y transparencia, al evitar la toma de cualquier decisión discrecional en manos de los encargados de la valoración.

En íntima conexión con lo adverbado, debe significarse que es doctrina consolidada (entre otras, STJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis) que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora

¹⁵ FUEYO BROS, M. “Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación”, Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, nº 15-16, 2009, págs. 2196-2280.

tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.

Por consiguiente, la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, lo que se traduce en que una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no pueda fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores¹⁶.

Asimismo, el art. 146.2 b) de la LCSP determina que la elección de fórmulas tendrá que justificarse en el expediente. Paralelamente, el art. 116.4 c) de la LCSP señala que en el expediente se justificará adecuadamente los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, debiendo publicarse, en todo caso, en el perfil de contratante la memoria justificativa del contrato, según lo previsto en el art. 63.3 a) de la LCSP.

Todo lo anterior conduce a afirmar que existe libertad para la elección de la fórmula de valoración a emplear, pues, en definitiva, corresponde al órgano de contratación diseñar el contrato conforme a las necesidades y objetivos a satisfacer; gozando de un amplio margen de discrecionalidad para la valoración de las ofertas y las fórmulas para aplicación de la puntuación, siempre que no se violenten los principios generales que deben regir en toda contratación.

¹⁶ Vid. Entre otras, la Resolución TACRC nº 467/2014, de 13 de junio; Resolución TACRC nº 936/2017, de 19 de octubre; Resolución TARC Junta de Andalucía nº 32/2016, de 11 de febrero; Resolución TACP Comunidad de Madrid nº 236/2018, de 25 de julio.

Sin embargo, no se trata de una discrecionalidad absoluta dado que operan una serie de límites que vienen establecidos tradicionalmente por la jurisprudencia europea y por la doctrina de los órganos de recursos contractuales en cada caso concreto, que básicamente se resumen en que las fórmulas de valoración económica tienen que otorgar una puntuación proporcional a las ofertas, de manera que la oferta más barata reciba la mayor puntuación y la más cara la menor puntuación, con plena observancia de los principios rectores de la contratación pública.

A este respecto, conviene enfatizar que si la entidad adjudicadora puede elegir la ponderación atribuida a cada criterio de adjudicación -STJCE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, VN AG Wienstrom GmbH contra Republik Österreich-, no parece posible negarle la libertad de elegir la fórmula y de distribución de los puntos. Por ello, en su concreta aplicación para la asignación de la puntuación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de valoración diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia, tal y como ha recordado la STJUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Reino de España contra Comisión Europea¹⁷.

¹⁷ Vid. Observatorio de contratación pública. 06/01/2014. GIMENO FELIU, J.M. La importancia de la valoración del criterio precio desde la óptica de la proporcionalidad lineal. El principio de transparencia e igualdad de trato como parámetros. <http://www.obcp.es/opiniones/la-importancia-de-la-valoracion-del-criterio-precio-desde-la-optica-de-la>.

Se analiza en la Sentencia del TJUE el establecimiento de fórmulas que priorizan la proximidad de la oferta a la media de las ofertas presentadas, en detrimento de las bajas mayores. La Sentencia del TJUE confirma la condena al Reino de España por el empleo de estas

En cualquier caso, es importante resaltar que la elección de la fórmula por el órgano de contratación para valorar el criterio precio no es una decisión neutra¹⁸. Razón por la cual abundan las resoluciones dictadas por los TARC declarando nulas de pleno derecho las fórmulas de valoración previstas en los pliegos de licitación por vulnerar los principios de igualdad de trato y no discriminación que deben regir en toda licitación.

A nuestro parecer, con carácter general, a la hora de concretar el órgano de contratación la fórmula adecuada para la

fórmulas y destaca en el apartado 77 que “si bien la oferta más ventajosa económicamente no es siempre aquella que tiene el precio más bajo, debe observarse que, en condiciones de perfecta igualdad de las ofertas por lo que respecta a todos los demás criterios pertinentes, incluidos los técnicos, una oferta más barata debe necesariamente considerarse más ventajosa, desde el punto de vista económico, que una oferta más cara. Pues bien, en una situación como ésta, la aplicación del método del precio medio, que daría lugar a que se adjudicase el contrato a una oferta más cara que otra, no puede calificarse de conforme con el criterio de la oferta más ventajosa económicamente”.

¹⁸ Vid. Resolución TACP Comunidad de Madrid nº 173/2014, de 8 de octubre. La Resolución indica que “...Como se advierte en este caso, la forma de valorar el criterio precio no es neutra, y más en un caso de un contrato con pluralidad de criterios, puesto que entendiendo que debe aplicarse la proporcionalidad a las ofertas realizadas de forma lineal aplicando una simple regla de tres, la diferencia en puntos es muy escasa, mientras que si se considera que debe aplicarse la proporcionalidad atendiendo a los porcentajes de baja sobre el importe de licitación, la diferencia de puntos se amplía. En la valoración mediante el criterio precio, se trata de trasladar a la puntuación el esfuerzo que constituye la bajada del precio ofertado respecto del importe de licitación, en correlación con la obligación de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa (STJUE Gebroeders Beentjes BV, de 20 de septiembre de 1988, As. 31/87)”.

valoración, deberá primar en los precios de las ofertas, las mayores bajas, sin perjuicio de valorar, además, otros aspectos de las ofertas distintos del precio, con exclusión de ofertas con bajas anormales o desproporcionadas, previa audiencia a los licitadores que las hubieran presentado. Y todo ello atendiendo a las reglas objetivas que se establezcan al efecto en los pliegos, de acuerdo con los principios de economía en la gestión de fondos públicos y de adecuación del precio de los contratos al precio general de mercado¹⁹.

En este sentido, sostenemos que las fórmulas matemáticas proporcionales corregidas se convierten en el instrumento ideal para alcanzar los fines perseguidos en la medida en que permiten tener en cuenta el porcentaje de baja que introduce la mejor oferta, modulando la puntuación obtenida (a diferencia de las fórmulas proporcionales puras que otorgan a la mejor oferta el máximo de puntuación con independencia de la baja de licitación ofertada).

Esta posición ha sido defendida por el Tribunal de Cuentas, añadiendo que el método en el que prima la proximidad de la baja de cada oferta a la baja media, resultante de todas las ofertas presentadas, no resulta adecuado a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública constitucionalizados en el art. 31.2 de la Constitución Española. Pero es que, además, y a mayor abundamiento, el órgano fiscalizador ha destacado que carece de justificación no valorar las mayores bajas una vez examinada la capacidad, los medios y la solvencia de las empresas licitadoras, así como las

¹⁹ Al respecto, puede verse la Recomendación efectuada en el Informe del Tribunal de Cuentas nº 1178, de 27 de octubre de 2016. Informe de Fiscalización de la Contratación de las Entidades Locales las Comunidades Autónomas sin órgano de control externo propio, periodo 2013-2014.

especiales ventajas de cada oferta según los restantes criterios, con la amplitud que se considere oportuna en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato.

Sobre la utilización correcta de fórmulas de valoración, la JCCA del Estado ha manifestado un parecer similar al señalar que “no pueden utilizarse fórmulas distintas a aquéllas que atribuyan una puntuación superior a las ofertas de precio inferior y una puntuación inferior a las ofertas de precio superior, sin perjuicio de la posible utilización de fórmulas que no produzcan este resultado, cuando figuren expresamente en el pliego”²⁰, aclarando que “al fijar el procedimiento de valoración, no puede atribuirse a las proposiciones admitidas una valoración de la que resulte que la oferta más baja no obtiene la puntuación más alta, y consecuentemente sean mejor ponderadas ofertas que tengan un precio mayor que cualquiera de las restantes ofertas que se sitúen por debajo de la misma o dicho de otra forma la oferta más baja ha de ser la que, en cuanto al precio, reciba la mayor puntuación”²¹.

Abundando en este aspecto, conviene recordar que las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de diferentes Comunidades Autónomas se pronunciaron en la línea del Dictamen motivado de la Comisión de 23 de diciembre de 1997, que analizaba el procedimiento de adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia en el que las ofertas económicas, según el pliego, se valorarían en atención a las cuantías que más se aproximasen a las medias aritméticas de todas las

²⁰ Informe 8/97, de 20 de marzo de 1997. “Método o fórmulas para valorar el precio como criterio de selección de ofertas en el concurso”.

²¹ Informe 4/11, de 28 de octubre de 2011. “Consulta sobre baremar las ofertas económicas en un pliego de cláusulas administrativas particulares valorando con mayor puntuación, en cuanto al precio, a ofertas que no se corresponden con la más baja”.

ofertas admitidas, lo que desvirtuaba, a juicio del órgano europeo, la noción de “oferta económicamente más ventajosa”, instando a España a adoptar las medidas necesarias para conformarse al contenido del Dictamen.

En efecto, esta premisa de otorgar mayor puntuación a la oferta más económica y la menor puntuación en la más elevada, y a las ofertas intermedias la puntuación proporcional que les corresponda, es la que ha imperado. Así, se ha destacado sobre el criterio de valoración del precio ofertado en los concursos, que “deberá cumplirse en todo caso la condición de que ofertas más económicas no pueden recibir una puntuación inferior a la otorgada a ofertas menos económicas”²²; que “el principio imperante es el de puntuar mejor a la oferta menor, cualquiera que sea la forma o fórmulas de efectuarla, con respeto al derecho de audiencia de las ofertas anormalmente bajas”²³; que “la valoración del precio en función de la baja media resultante de todas las ofertas presentadas no resulta adecuada a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública”²⁴ y finalmente que “toda valoración del precio, como criterio de adjudicación, tiene que otorgar la mayor puntuación a la oferta más barata y sólo a ésta. En consecuencia, una valoración del precio que otorgase la misma

²² Dictamen 1/2001, de 21 de mayo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat de Valencia, sobre el criterio de valoración del precio ofertado en los concursos.

²³ Informe 5/98, de 26 de junio Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, sobre valoración del precio como criterio de adjudicación.

²⁴ Informe 4/97, de 6 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, sobre los criterios de adjudicación en los concursos.

puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas que, aunque próximas al anterior, fuesen más caras, vulneraría el marco jurídico de los contratos públicos”²⁵.

Para finalizar, indicar simplemente, que, de igual modo, como *leading case*, la doctrina reflejada en la STJUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Comisión contra España, rechaza el criterio de la baja media apelando a que cada criterio, en caso de paridad de las demás condiciones, debe permitir adjudicar el contrato a la mejor oferta. Sobre la base del razonamiento expuesto, han sido numerosas las resoluciones dictadas por los TARC rechazando las fórmulas de valoración en torno a la baja media, y en consecuencia, anulando los pliegos correspondientes.

III. APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA LEGAL ACERCA DE LOS UMBRALES DE SACIEDAD

En reiteradas ocasiones, el Tribunal de Cuentas ha venido manifestando su rechazo a la posibilidad de incluir umbrales de saciedad en las fórmulas de valoración del precio. Como ejemplo, podemos citar, entre otros, el Informe de 26 de abril de 2007 en el que se recoge la necesidad de renunciar al establecimiento de umbrales de saciedad en la valoración del criterio económico, puesto que a través de ellos se está penalizando a las ofertas más baratas, de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado a la Administración, no obtienen una mayor puntuación²⁶.

²⁵ Informe 3/2005, de 7 de julio, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

²⁶ Vid. Informe de 26 de abril de 2007, del Tribunal de Cuentas nº 760, referido a la contratación en el ámbito de la Seguridad Social, en los ejercicios 2004 y 2005.

También en el Informe de 28 de abril de 2014 destaca el Tribunal que el establecimiento de límites a partir de los cuales mayores bajas en el precio ofertadas por los licitadores no conllevan un correlativo incremento de la puntuación del precio, desincentivan la competencia y resultan contrarios a los principios de eficiencia y economía, pues pudiera darse el caso de que, entre dos ofertas que únicamente se diferencian en el precio, el órgano de contratación no elija la oferta más barata...²⁷.

O también, en el Informe de 28 de abril de 2014 insiste el Tribunal en que la aplicación de este tipo de fórmulas para valorar las ofertas económicas supone el establecimiento de umbrales de saciedad, lo que es contrario al principio de economía que debe regir la ejecución del gasto público²⁸.

Igualmente, la Cámara de Cuentas de Madrid, al analizar la adjudicación de un contrato de gestión de servicio público del Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid, determina que “el método de valoración de este criterio que estableció el pliego es contrario a los principios de economía y eficiencia al predeterminar un límite a las posibles bajas”, concluyendo que “el órgano de contratación evita que sea el mercado el que

²⁷ Vid. Informe de 28 de abril de 2014, del Tribunal de Cuentas nº 889, de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 y 2007 por las entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas.

²⁸ Vid. Informe de 28 de abril de 2014, del Tribunal de Cuentas nº 942, relativo a la fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las entidades del sector público estatal sometidas a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

establezca el precio del contrato e incumple el mandato contenido a este respecto en el artículo 87.1 TRLCSP²⁹.

Asimismo, el Consejo de Cuentas de Castilla y León, en el Informe de 16 de julio de 2015, destaca que el establecimiento de umbrales de saciedad en la valoración del criterio económico supone una penalización a las ofertas más baratas de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado, no obtienen una mayor puntuación. Esta actuación supone renunciar a priori y de forma automática a la obtención de una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no permite formular alegaciones por parte de los contratistas en justificación de su oferta a pesar de que, con carácter previo, ya han acreditado convenientemente su solvencia para la ejecución del contrato³⁰.

En idéntico sentido se manifiestan también, entre otros, la Sindicatura de Comptes de la Comunidad Valencia³¹ o el Consello de Contas de Galicia, elaborando este último órgano un catálogo de riesgos, a raíz de la experiencia fiscalizadora del sector público autonómico, en el que se recoge, dentro de las

²⁹ Vid. Informe de 30 de diciembre de 2014, de la Cámara de Cuentas de Madrid, relativo a la "Fiscalización de la gestión y control de las concesiones de servicio público y de obras públicas en los municipios de la Comunidad de Madrid de población comprendida entre 75.000 y 250.000 habitantes, vigentes en 2012: análisis particular de las correspondientes a aparcamientos públicos, cementerios y polideportivos".

³⁰ Vid. Informe de 16 de julio de 2015, del Consejo de Cuentas de Castilla y León, relativo a la fiscalización de la contratación administrativa celebrada en el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma, ejercicio 2012.

³¹ Vid. Informe de fiscalización sobre la contratación en el sector local, Ayuntamientos de población inferior a 50.000 habitantes y otros entes, Ejercicios 2012-2013.

actuaciones preparatorias del contrato, el riesgo de determinación de un precio del contrato no ajustado al mercado; insistiendo, una vez más, en la necesidad de evitar el establecimiento de topes máximos para la valoración de las bajas económicas (“umbrales de saciedad”).

Como se puede observar, el Tribunal de Cuentas y los órganos autonómicos de control externo niegan la posibilidad de incluir umbrales de saciedad en las fórmulas de valoración, al amparo de una argumentación común, a saber: La fijación de umbrales de saciedad en la valoración de la oferta económica es contraria al principio de economía que debe informar el gasto público.

En esta misma línea, la JCCA del Estado, en el Informe 42/12, de 7 de mayo de 2013, considera que lo necesario es que se introduzca una fórmula que sea lógica y coherente, advirtiendo que “fórmulas en las que el licitador puede saber previamente cuál es la puntuación que va a obtener, sin tener en consideración las demás, pueden degenerar en estrategias que lleguen a desvirtuar una correcta concurrencia”.

Y en idéntico sentido, la JCCA de Aragón manifiesta en el Informe 6/2014, de 3 de marzo, que “en todo caso, tampoco sería correcta la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes. Y ello porque, lógicamente, se incumple la regla de ponderación proporcional y se limita la economía de escala de las proposiciones, lo que contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Tampoco sería admisible la fórmula que prevé otorgar puntuación a las bajas nulas, ya que existirá menos diferencia de puntos entre su oferta y la de un competidor con una baja mayor; en el caso de la fórmula lineal,

la pendiente de la recta de puntuación es menor, de modo que el número de puntos otorgados por incremento en la baja será menor”.

A su vez, con apoyo en la doctrina legal de los diferentes TARC, puede justificarse el rechazo de la fijación de fórmulas de puntuación que contienen límites de saciedad o saturación para la valoración de la oferta económica, aduciendo, entre otros, los siguientes argumentos:

1. Provocan que el criterio precio pierda la influencia en la adjudicación que pretendida y nominalmente se le dé. De esta forma, los criterios de valoración subjetiva y no automática pasarían a ser decisivos con independencia de la ponderación formal que se les atribuya nominalmente en el pliego³².

A nuestro entender, de ello puede deducirse el conocimiento de las ofertas de los licitadores antes de que se celebre el acto de apertura de las mismas, con el consiguiente potencial riesgo de vulneración del carácter secreto de las proposiciones –art. 139.2 LCSP- y contaminación del personal llamado a evaluar los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor; afectando, por ende, a su imparcialidad y objetividad, y por lo tanto, a la garantía del cumplimiento de los principios de igualdad de trato y transparencia en el procedimiento. Principios generales de la contratación pública estos últimos que se configuran como pilares básicos del procedimiento de adjudicación (STJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros, y de 19 de junio de 2003, GAT).

2. Infringen el principio de oferta económicamente más ventajosa, pues no es cierto que a partir de un cierto

³² Vid. Resolución TACRC nº 873/2016, de 28 de octubre.

límite de descuentos sobre el tipo de licitación dejen de aportar ventaja al poder adjudicador, y vulneran el principio de igualdad de trato y no discriminación, pues reciben igual valoración proposiciones con precios dispares³³.

3. Restringen el principio de competencia, ya que su mera inclusión en los pliegos desmotiva a los operadores económicos dispuestos a hacer las ofertas de precio más competitivo, en el medida que saben que no serán valoradas, siendo, en algunos casos, suficiente ofertar un determinado valor, conocido *ex ante*, para obtener la máxima puntuación³⁴.
4. Impiden que el órgano de contratación adjudique el contrato a la mejor oferta bajo el prisma de una mayor eficiencia en la asignación de los fondos públicos, quebrantando el principio de economía³⁵.

Tradicionalmente, con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, el TACRC ha venido considerando nula cualquier tipología de los denominados umbrales de

³³ Vid. Acuerdo del TACP Comunidad de Madrid nº 26/2015, de 18 de febrero y Resolución OARC Comunidad de Euskadi nº 40/2108, de 22 de marzo.

³⁴ Vid. Resolución OARC Comunidad de Euskadi nº 121/2013, de 2 de diciembre.

³⁵ Entre otras, Resolución TACRC nº 103/2013, de 6 de marzo de 2013. Resoluciones OARC Comunidad de Euskadi nº 136/2018, de 18 de octubre; nº 40/2017, de 23 de marzo; nº 109/2014, de 24 de octubre y nº 121/2013, de diciembre. Resoluciones TARC Junta de Andalucía nº 184/2016, de 4 de agosto y nº 387/2015, de 17 de noviembre. Y Resolución TCCSP nº 75/2020, de 19 de febrero y nº 180/2020, de 20 de mayo.

saciedad. Sin embargo, de manera un tanto sorprendente, el TACRC efectúa un giro copernicano en su posicionamiento en la Resolución nº 976/2018, de 26 de octubre, estimando este tipo de fórmulas conforme a Derecho. Este criterio se ha mantenido en las posteriores Resoluciones del TACRC nº 484/2019, de 9 de mayo; nº 822/2019, de 11 de julio; nº 853/2019, de 18 de julio; nº 400/2020, de 19 de marzo y nº 600/2020, de 14 de mayo. A este respecto, destacan, a nuestro juicio, los siguientes argumentos ofrecidos por el Tribunal para justificar su nuevo criterio:

1. El objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o la presupuestación rigurosa de un contrato con arreglo a precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos.
2. Solamente procederá anular una cláusula cuanto se detecte que el establecimiento del umbral de saciedad infringe una norma imperativa o contradice los principios que rigen en materia de contratación pública, pudiendo dar lugar a una manipulación de la licitación. Por consiguiente, se estimará la impugnación de un umbral de saciedad si se concluye que el mismo hace que las ofertas de los licitadores no alcancen niveles óptimos en los parámetros medidos por los criterios de adjudicación. Alternativamente, el umbral se considerará ajustado a derecho si en el expediente se justifica razonablemente que una oferta que rebase el umbral es difícilmente

ejecutable, y no ofrece mejoras en la calidad de la prestación.

3. Quién puede lo más -combatir la oferta de precios excesivamente bajos mediante el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias que puede conducir a la exclusión de la oferta temeraria - puede lo menos -la adopción de medidas complementarias que desincentiven la excesiva bajada de precios, como la reducción progresiva de la puntuación a partir de un determinado nivel de reducción de los precios, o la no concesión de puntos adicionales a las ofertas que sean inferiores a una determinada cifra (umbral de saciedad)-
4. La Directiva 2014/24/UE admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto permite que se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su art. 67.2, que “el factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad”. A partir de ese texto normativo, considera el Tribunal que, si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo pero limitado por un índice de saciedad, que puede minorarse más allá de ese límite, pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración.

Como vemos, el TACRC admite ahora la licitud de este tipo de fórmulas. Sin embargo, a nuestro parecer, existen una serie de razones que justifican el rechazo de los argumentos esgrimidos. Así, en primer lugar, consideramos que nada impide que el órgano de contratación diseñe el expediente primando la calidad de la prestación sobre el precio, sin

necesidad de recurrir a la utilización de índices de saturación en la valoración de las ofertas económicas. Es tan sencillo, como incluir como criterios de adjudicación aspectos medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato, otorgándoles una puntuación superior al precio.

En este sentido, recordemos una vez más que la voluntad del legislador ha sido que la adjudicación del contrato se realice atendiendo a una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, obligando además a que cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dé preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Pues bien, la fijación de umbrales de saciedad en las fórmulas de valoración del precio puede provocar un fraude de ley, ya que de antemano se puede diseñar formalmente un procedimiento en el que los criterios de adjudicación de valoración automática representen nominalmente más del 50% del total de la puntuación, cuando en realidad sean los criterios de valoración subjetiva los que determinen la adjudicación. Ello implica materialmente una vulneración de la LCSP, en la medida en que se estaría burlando la necesidad obligatoria de constituir un comité de expertos para la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, ya que en realidad tienen atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática. Recordemos, en este sentido, que el art. 146.2 a) LCSP se cuida de precisar que en los casos en que los criterios dependientes de un juicio de valor tengan atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, su valoración corresponderá a un comité de expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres

miembros. En definitiva, la aplicación práctica de la fórmula podría llegar a desvirtuar totalmente la puntuación del criterio precio, viciando de nulidad de pleno derecho el expediente de contratación.

Además, presupone que el órgano de contratación rechace, *ab initio*, la posibilidad de lograr en su aprovisionamiento el mejor precio; lo que, a nuestro entender, resulta contrario a los principios de economía, eficiencia y control de gasto que deben regir en toda licitación pública.

También nos alejamos del criterio defendido por el TACRC que llega a identificar el menor precio con la peor calidad. Y es que actualmente, no puede desconocerse que la competitividad del mercado ha conducido a numerosas empresas a apostar por una estrategia comercial basada en el desarrollo de nuevos productos mediante procesos de innovación e integración de nuevas tecnologías que se traducen finalmente en un drástico abaratamiento de los costes de producción. Por consiguiente, puede suceder que, en una licitación pública, la oferta de mayor calidad sea precisamente la de menor precio.

De igual modo, el mandato de que el precio de licitación se ajuste al mercado no impide que el procedimiento de adjudicación en general y los criterios de adjudicación en particular deban buscar que las ofertas lo rebajen tanto como sea compatible con la promoción de la concurrencia y con la ejecución viable de la prestación³⁶.

Por contra, no creemos que la manera adecuada de garantizar la correcta ejecución de la prestación sea la fijación de umbrales de saciedad. Para este fin, nuestro ordenamiento jurídico ya

³⁶ En este sentido, puede verse la Resolución OARC Comunidad de Euskadi nº 64/2013, de 24 de julio.

contempla un cauce específico para hacer frente a las ofertas anormalmente bajas, y ése no es otro que la fijación en los pliegos de umbrales para considerar que una proposición no puede ser cumplida (art. 149 LCSP).

Como es sabido, “las Administraciones Públicas contratantes no pueden excluir de acuerdo con una fórmula matemática determinadas proposiciones de los licitadores sin verificar en un procedimiento contradictorio la solidez de la propuesta” (entre otras, STJUE de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*); o que nadie puede ser excluido de forma automática por una proposición incurra en anormalidad (entre otras, STJUE de 27 de noviembre de 2001, asunto *Impresa Lombardini SpA-Impresa Generale di Construzioni*). Se exige, en definitiva, un procedimiento contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable, procedimiento que a todas luces pretende evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana y libre competencia entre oferentes (STJUE de 29 de marzo de 2012, *SAG EV Slovensko a.s.*)³⁷.

En síntesis, no se puede pretender que la fórmula para valorar el criterio de adjudicación prejuzgue acerca de la viabilidad del mismo. Y es que, como es sabido, la declaración de que una oferta es anormalmente baja, nunca puede ser automática; de tal manera, que solo puede producirse después del correspondiente procedimiento, que incluye, entre otros trámites, la previa audiencia del contratista, dándole plazo suficiente para que justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la

³⁷ Al respecto, resulta de interés: PINTOS SANTIAGO, J., “Las ofertas anormalmente bajas y el procedimiento abierto simplificado”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113 (enero-abril), 2019, págs. 477-499.

anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos (art.149.4 LCSP).

En consecuencia, la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación valorando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Alegaciones e informes que en ningún caso tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente los mismos y adoptar su decisión con base en ellos, siendo, en su caso, la conclusión de dicha declaración la exclusión de la oferta por considerarla de inviable ejecución³⁸. A lo indicado, podemos añadir que el establecimiento de un umbral de saciedad en la fórmula desvirtúa la necesidad previa de acreditar convenientemente la solvencia del licitador para ejecutar correctamente la prestación.

Para finalizar, y sin perjuicio de lo anteriormente dicho, tampoco podemos asumir que el art. 67.2 de la Directiva

³⁸ En este sentido, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99), en su considerando 5, viene a señalar que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las "(...) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición.", y en su considerando 53 que es necesario que "(...) cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora".

2014/24/UE habilite al órgano de contratación a incluir en la fórmula de valoración del precio un umbral de saciedad. Y todo ello, por una razón muy sencilla, que no es otra que la voluntad del legislador nacional ha sido diferente a la previsión del texto de la Directiva clásica, al recoger en el art. 145.2 LCSP la obligación de que los criterios cualitativos deban ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha expuesto, para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, el órgano de contratación puede atender a un único criterio de valoración (el precio) o a varios. La LCSP refuerza la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación en función de la obtención de la mejor relación calidad-precio, que se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos; pudiéndose incluir, dentro de estos últimos, aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato. Si bien, previa justificación en el expediente, se podrá adjudicar el contrato atendiendo a criterios que alcancen la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste.

En este escenario, el precio sigue siendo un elemento esencial del contrato, lo que obliga a los órganos de contratación a cuidar que sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

A lo expuesto, debe sumarse que la mejor oferta no tiene porqué ser la más barata. Generalmente, su determinación se realizará con fundamento en una pluralidad de criterios atendiendo a la mejor relación calidad-precio. Asimismo, los principios de libre concurrencia, competencia, eficiencia, igualdad, no discriminación y transparencia obligan a que la adjudicación del contrato público se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico.

Por ello, es razonable afirmar entonces, de acuerdo con la normativa, doctrina y jurisprudencia analizada, que el órgano de contratación, a través de las fórmulas de puntuación que contienen límites de saciedad o saturación para valorar las ofertas, impide a los licitadores ofertar mayores bajas económicas, con la consiguiente pérdida de ahorro para la entidad contratante. Y es que, en efecto, con este tipo de fórmulas, a partir de un determinado porcentaje de baja del presupuesto de licitación, previamente conocido, todas las ofertas recibirán la máxima puntuación, lo que conlleva implícitamente a fomentar desde el pliego la falta de competitividad en el mercado, desincentivando a los licitadores dado que su esfuerzo económico carecerá de recompensa.

Sin embargo, como ya vimos anteriormente, esta opinión no es unánime, ya que el TACRC considera que no puede actualmente afirmarse, en modo alguno, que no sea admisible legalmente establecer en el pliego índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a las ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos, aunque minoren el precio más allá del citado límite. En resumen, la doctrina legal aborda esta compleja cuestión manteniendo criterios dispares, lo que se traduce en un incremento de la

inseguridad jurídica en la que se mueven los operadores del Derecho.

Entendemos que el órgano de contratación debe gozar de discrecionalidad para fijar en el pliego los criterios de adjudicación, así como las fórmulas de valoración. Pero al mismo tiempo defendemos, a diferencia del criterio sostenido por el TACRC, que no resulta lícito establecer umbrales de saciedad en la fórmula de valoración del criterio “precio”, ya que los mismos impiden seleccionar la oferta que, en su conjunto, sea la más ventajosa, vulnerando los principios rectores de la contratación pública.

A su vez, la fijación de umbrales de saciedad, en último término, incide en las reglas de la competencia del mercado y conducen a una gestión disconforme con los principios de economía, eficacia y eficiencia en la utilización de los recursos públicos. En todo caso, la última palabra sobre la validez de este tipo de fórmulas que pueden llegar a distorsionar la elección de la oferta económicamente más ventajosa, la tendrá la jurisdicción contencioso-administrativa.

V. BIBLIOGRAFÍA

BATET JIMENEZ, M.P. (2020): “Los criterios de adjudicación. Doctrina y jurisprudencia” en Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, núm. extra 2 (Ejemplar dedicado a: Contratos del sector público: escenario 2020).

CARBONERO GALLARDO, J.M. (2018): “Reglas para la determinación y aplicación de los criterios de adjudicación” en Contratación Administrativa Práctica: Revista de contratación administrativas y de los contratistas, núm. 153, págs. 114-123.

CARBONERO GALLARDO, J.M. (2019): "El test de los criterios de adjudicación" en Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, núm. Extra 2, (Ejemplar dedicado a: Un año de compra pública con la LCSP), págs. 621-643.

FUEYO BROS, M. (2009): "Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación" en Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, núm. 15-16, págs. 2196-2280.

GIMENO FELIU, J.M (2013): "Sobre el sistema de ponderación del precio en los supuestos de varios criterios: la ilegalidad de las fórmulas basadas en el denominado precio medio o de mercado" en Revista de Estudios Locales (Cunai), núm. 164, págs. 10-21.

MARTINEZ FERNANDEZ, J.M. (2017): "Los criterios de adjudicación y su valoración" en Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, núm. 23 2 (Ejemplar dedicado a: Ley de Contratos del Sector Público 2017. Hacia una contratación socialmente eficiente), págs. 2917-2934.

PINTOS SANTIAGO, J. (2019): "Las ofertas anormalmente bajas y el procedimiento abierto simplificado", en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 113 (enero-abril 2019), págs. 477-499.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J. (2018): "El concepto de mejor relación calidad precio. La imposibilidad de que el precio sea el factor determinante" en Contratación Administrativa Práctica: Revista de contratación administrativas y de los contratistas, núm. 157.

ZULUETA BENITO, A. (2020): "Límites a las fórmulas de valoración del criterio precio" en Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo, nº75 (Ejemplar dedicado a: XXV Años de la revista Auditoría Pública), págs. 345-362.

LA MEJORA SALARIAL DENTRO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN, UNA CONDICIÓN SOCIAL CON LUCES Y SOMBRA EN SU APLICACIÓN

D^a Amaia Labella Cámara

Trabajo final del Título Universitario "Especialista en Contratos Públicos", 1.^a Edición, marzo 2020 - organizado por la Universidad a Distancia de Madrid-

Resumen: Este trabajo aborda la problemática existente respecto de la mejora salarial como condición social dentro de un proceso de contratación pública. Con el objeto de contextualizar el tema y entender cómo se originó esta condición, en el capítulo II se aborda el paquete normativo que propició el cambio de vocación de la contratación pública, transformándola en una herramienta estratégica.

Antes de entrar propiamente en el terreno de la mejora salarial, en el capítulo III se trata la contratación pública socialmente responsable, como marco inclusivo de condiciones sociales entre la que se encuentra la mejora de las condiciones laborales y salariales, haciendo hincapié en los requisitos que tienen que cumplir para poder ser admitidos como criterios de adjudicación.

Finalmente, en el capítulo IV, trabajo se centra en la mejora salarial y en su polémica aplicación. Con el objeto de poner de

manifiesto la falta de unanimidad doctrinal acerca de la inclusión de esta condición como criterio de adjudicación, se han recogido una serie de resoluciones y extraído sus principales conclusiones. Asimismo, se aborda la problemática de incluir la mejora salarial como condición especial de ejecución desde un punto de vista de la opinión de la Junta Consultiva de Cataluña, así como de varios autores.

Palabras clave: Contratación, proceso, criterio, social, salario, adjudicación, ejecución, rendimiento, vinculación.

Abstract: This work addresses the existing problem regarding salary improvement as a social condition within a public contracting process. In order to contextualize the issue and understand how this condition originated, Chapter II deals with the regulatory package that led to the change in the vocation of public procurement, transforming it into a strategic tool.

Before properly entering the field of salary improvement, Chapter III deals with socially responsible public contracting, as an inclusive framework of social conditions, among which is the improvement of labor and salary conditions, emphasizing the requirements that have to meet in order to be admitted as award criteria

Finally, in Chapter IV, work focuses on improving wages and its controversial application. In order to highlight the lack of doctrinal unanimity about the inclusion of this condition as an award criterion, a series of resolutions have been collected and their main conclusions have been drawn. Likewise, the problem of including salary improvement as a special condition of execution is addressed from the point of view of the opinion of the Advisory Board of Catalonia, as well as of several authors.

Key words: Public procurement, process, criteria, social, salary, adjudication, development, performance, entailment.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CARÁCTER ESTRATÉGICO E INSTRUMENTAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. Cambio de paradigma: de una visión instrumentalista a una estratégica. 2. Escenario normativo europeo para acoger y regular los objetivos secundarios estratégicos. 3. Ley9/2017: Una voluntad de cambio. III. CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE. 1. ¿Qué entendemos incluido bajo este concepto? 2. Condiciones sociales dentro de los criterios de adjudicación o como condición especial de ejecución. *A) Las condiciones sociales como criterio de adjudicación: Su necesario vínculo con el objeto del contrato. B) La condición especial de ejecución del contrato. Imperativo legal de obligada ejecución.* IV. UNA CONTROVERTIDA CONDICIÓN SOCIAL: MEJORA SALARIAL. 1. Problemática sobre su inclusión como criterio de adjudicación. 2. ¿Cómo operaría la mejora salarial como condición especial de ejecución? V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Son muchos los artículos de opinión y trabajos que se han escrito en relación con la mejora salarial en el proceso de contratación, del mismo modo que son muchas las resoluciones de tribunales que se han dictado al respecto. La elección del tema de la mejora salarial en el proceso de contratación responde a lo controvertida que resulta su aplicación y a la disparidad de opiniones que recaba.

Esta condición, nació con una clara vocación de cambio, con una intención de mejorar la situación salarial de aquellas personas adscritas a los contratos públicos. No obstante, su puesta en práctica no fue tan exitosa como se había planeado. Y ello porque, en opinión de la mayoría de los tribunales, entra en conflicto, no sólo con los principios básicos de la contratación, sino también con el derecho europeo.

Es una condición que en sí misma implica una dualidad extrema. Por una parte, es un claro beneficio social y así queda

recogido en la literalidad de la ley, pero por otra, su inclusión en el procedimiento para poder ser acorde a la normativa tiene que estar avalada por dos principios: uno es la relación con el objeto del contrato y otro con un mayor rendimiento en la ejecución del mismo.

Todos estos elementos limitativos de la aplicación de esta condición social han sido los desencadenantes de la elección de esta temática por su interés y complejidad. Del mismo modo, es llamativo la disparidad que existe en la doctrina acerca de la mejora salarial en el proceso de contratación y son muy ilustrativas las argumentaciones que se contienen en las resoluciones, sentencias e informes de las Juntas Consultivas de Contratación.

Como se mencionaba al inicio, son muchos los documentos de todo tipo que existen relativos al tema de la contratación socialmente responsable y, en particular, a la mejora salarial como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución. Por tanto, en primer lugar, y con el objeto de centrar el trabajo, se ha realizado una prospección de aquello que se había publicado o estado del arte. Este proceso ha sido de gran ayuda a la hora de acotar el tema y centrarlo en la mejora salarial en el proceso de contratación, y a partir de aquí se ha realizado un filtrado de la información.

Conforme a lo anterior, la investigación de este trabajo se centró en:

- Destacar aquellas normas comunitarias precursoras del cambio de visión del proceso de contratación dotándole de un carácter estratégico.
- Poner de manifiesto la contradicción que existe entre la literalidad de la ley que expresa una voluntad de cambio en cuanto a la inclusión de los criterios sociales y la postura doctrinal negacionista a incluir esta condición.
- Destacar la dificultad existente en demostrar una relación empírica entre el objeto del contrato y la mejora salarial y

entre ésta última y el aumento en el rendimiento de la ejecución el contrato.

- Aglutinar la doctrina y extraer los aspectos más destacados.

En definitiva, a través de este trabajo se ha intentado aportar una visión personal, apoyándome en el trabajo existente de otros autores, de un tema que, en caso de encontrar una solución para su aplicación, aportará un innegable beneficio social.

II. CARÁCTER ESTRATÉGICO E INSTRUMENTAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

1. CAMBIO DE PARADIGMA: DE UNA VISIÓN INSTRUMENTALISTA A UNA ESTRATÉGICA.

La contratación pública ha sido objeto de un proceso evolutivo que ha tenido como resultado, hasta la fecha, la conversión de un mecanismo utilizado por los poderes públicos para aprovisionarse de obras, servicios o suministros en una poderosa herramienta para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la promoción de la innovación, el fomento de las Pymes o la sostenibilidad social y ambiental.

A lo largo de este proceso, y a medida que la sociedad y la política maduraban abriéndose a nuevas exigencias como las sociales o la ambientales, el procedimiento de contratación fue suavizando su tendencia eminentemente economista para asumir esa nueva corriente. De esta manera, la eficacia y la eficiencia de la contratación comienzan a medirse, no en términos absolutos de precio, sino de consecución de determinados objetivos transversales, relacionados con temas sociales, laborales, ambientales o de innovación.

Este cambio de visión vino impulsado por todo un paquete normativo, del que hablaremos en el siguiente apartado, que tiene como objetivo dotar al proceso de contratación de una serie de herramientas cuya aplicación impacte directamente en

la política económica, social y ambiental en el sentido de cambiar conductas y comportamientos empresariales.

Por tanto, el proceso de contratación lleva intrínseca una dualidad: por una parte, el abastecimiento de los poderes públicos bajo los principios de publicidad, competencia y transparencia, y por otra, el impulso de los objetivos sociales, ambientales y laborales, entre otros. Digamos que son objetivos secundarios u horizontales de carácter estratégico que dan un valor añadido al proceso de contratación.

Así, ya se comienza a hablar de compras ecológicas o de compra socialmente responsable.

2. ESCENARIO NORMATIVO EUROPEO PARA ACOGER Y REGULAR LOS OBJETIVOS SECUNDARIOS ESTRATÉGICOS.

Como se decía anteriormente, este cambio de visión ha de estar impulsada por un marco normativo que regule la introducción de esos objetivos estratégicos sin afectar a los principios generales de la contratación. Esto es, que marque las “reglas del juego”.

No es objeto de este trabajo el hacer un recorrido exhaustivo por todo el paquete de medidas normativas comunitarias que han tenido como objetivo el dotar de un carácter estratégico a la contratación. Sin embargo, es importante contextualizarlo, por lo que haremos referencia a aquellas herramientas que han sido “hitos” en este proceso.

Comenzaremos por el Libro Verde de la Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro³⁹ que afirmó que la normativa de contratación pública puede contribuir a lograr los objetivos de las políticas social y medioambiental.

Asimismo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y

³⁹ COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde: La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, 1996.

al Comité de las Regiones⁴⁰ hace referencia a *“La contratación pública como un instrumento crucial de aplicación de las políticas. Dada su magnitud en cuanto a gasto público, puede facultar a los gobiernos a lograr resultados políticos clave, si se utiliza como una herramienta estratégica”*.

Y en este pequeño recorrido evolutivo no podemos obviar a la Estrategia Europa 2020 en donde se afirma con rotundidad que el año 2010 debe marcar un nuevo principio. Y en este nuevo principio, Europa se marca unos criterios ambiciosos; el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Uno de los instrumentos al servicio de la consecución de estos objetivos es la contratación pública.

El fin de este proceso, lo encontramos en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 ⁴¹sobre contratación pública, en cuyo considerando segundo se concentran todos los pasos dados hasta el momento. *“La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos*

⁴⁰ COMUNICACIÓN, [COM (2017) 572 final], de 3-10-2017, pág. 4.

⁴¹ DIRECTIVA 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, artículos 87-90

sociales Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" ("Estrategia Europa 2020"), comunes.»

3. LEY 9/2017: UNA VOLUNTAD DE CAMBIO

Nuestro sistema de contratación pública, tradicionalmente tan vinculado al precio del contrato, al concepto de "oferta económicamente más ventajosa", abrazó esta corriente a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Su voluntad de cambio queda recogida en el apartado V de su Exposición de Motivos en el que, entre las principales novedades que trae consigo el texto legal, incluye la incorporación en los contratos públicos de consideraciones de tipo social, ambiental, de innovación y desarrollo como criterios de adjudicación, como criterios de valoración o como condición especial de ejecución.

Y esta voluntad por abandonar las ideas tradicionalistas queda palpable en todo su articulado. Así, el artículo 1.3, como si de una declaración de intenciones se tratase, establece que: "*En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social*".

A mayor abundamiento, el artículo. 99 LCSP al abordar la definición del objeto del contrato, obliga a que se defina de

acuerdo con las necesidades funcionales, especialmente en el caso en que puedan incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

La Ley permite la incorporación de estos “criterios estratégicos” en diferentes fases del procedimiento: como criterio de solvencia, como criterio de adjudicación e, incluso, como condición de ejecución. Esto obliga a los poderes adjudicadores a realizar un estudio detallado de cada expediente para comprobar la efectividad y eficacia de estas medidas y valorar qué carácter se les va a dar: como obligación (condición especial de ejecución) o como criterio de valoración.

En conclusión, nos encontramos ante un procedimiento que persigue un fin, pero que en sí mismo es un medio capaz de cambiar comportamientos empresariales para convertirlos en más sociales o en más ambientales, respetando siempre la higiene competencial y los principios rectores de la contratación pública.

Y este carácter estratégico ha sido puesto de manifiesto por diversas Juntas Consultivas estimando que *«la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos»*.

A partir de este momento, centraremos el estudio en la parte social de la contratación, en su concepto y en los requisitos que han de cumplir las diferentes acciones que ésta conlleva para poder ser introducidas como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución.

Veamos, por tanto, cómo actúan las condiciones sociales en los procesos de contratación.

III. CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE.

1. ¿QUÉ ENTENDEMOS INCLUIDO BAJO ESTE CONCEPTO?

Para dar una definición formal a este concepto, vamos a acudir al Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión del día 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.⁴²

En su apartado tres, relativo a definiciones, se establece que la Contratación pública estratégica socialmente responsable es aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017.

Pero ¿qué medidas o actuaciones quedan englobadas bajo este concepto tan amplio? Para obtener una respuesta, acudimos al

⁴² Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

artículo 145.2 de la LCSP, que a modo de listado de ejemplos establece los siguientes:

- el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social.
- la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción.
- los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres.
- el fomento de la contratación femenina.
- la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.
- la mejora de las condiciones laborales y salariales.
- la estabilidad en el empleo.
- la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato.
- la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo.
- la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual.
- los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

En palabras de F. Blanco López, la igualdad de género, la evitación de la brecha salarial, los salarios dignos son reclamaciones humanitarias de carácter transversal reconocidas en convenios y tratados internacionales.⁴³ A la vista de estos principios, se podría afirmar que nos encontramos ante una corriente ideológica o filosófica que utiliza la potencialidad que tiene la contratación pública para mejorar en este caso la política social.

2. CONDICIONES SOCIALES DENTRO DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN O COMO CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN

Dentro de todo el elenco de loables objetivos descritos en el citado artículo 145.2 de la LCSP, y como ya ha quedado expuesto en capítulos anteriores, en este trabajo nos vamos a centrar en la mejora de las condiciones salariales, en su vertiente de criterio de valoración o como condición especial de ejecución. No obstante, se ha considerado conveniente iniciar este apartado con una perspectiva más amplia para, en un momento posterior, una vez contextualizado el tema, centrarnos en la problemática de las mejoras salariales dentro de la contratación, en cualquiera de sus vertientes.

A) Las condiciones sociales como criterio de adjudicación: Su necesario vínculo con el objeto del contrato.

Este análisis arranca a partir de uno de los requisitos que, como la mayoría de la doctrina considera, es la llave para dotar a los pliegos de un carácter social: la obligada vinculación con el objeto del contrato que debe tener un criterio de adjudicación. Cuestión ésta de máxima importancia, puesto que de su

⁴³ BLANCO LÓPEZ, F. (2019). *Las consideraciones salariales en la contratación pública* [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://www.jaimepintos.com/las-consideraciones-salariales-en-la-contratacion-publica/>

interpretación amplia o estricta va a depender que nuestro proceso de licitación responda a objetivos que redunden en beneficio social. Y aquí nos encontramos con una falta de unanimidad en la doctrina.

En este sentido, la postura comunitaria tuvo un punto de inflexión a partir del cual hubo un cambio de tendencia y fue la STJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión c. Países Bajos, as. C-368/10 47 dictada en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de té y café, que analiza la exigencia de una etiqueta ecológica y de una etiqueta relativa al comercio justo. En ella se admite que los poderes adjudicadores pueden elegir criterios de adjudicación basados en consideraciones de carácter social sin que tengan que referirse necesariamente a los usuarios de las obras, suministros y servicios objeto del contrato.

La flexibilización de la postura comunitaria respecto del tema la vinculación con el objeto fue clara. Heredero de esta corriente, el artículo 67.3 de la Directiva exige que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato público, entendido este en un concepto amplio que abarca a su proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o a un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida.

Nuestra Ley 9/2017, con su clara y decidida voluntad de cambio, transpone las determinaciones relativas a la inclusión de criterios de adjudicación de carácter social en su artículo 145 relativo a los *"Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato"*. Se podría decir que este artículo es el artífice de la desaparición del concepto de "oferta económicamente más ventajosa" siendo sustituido por la oferta con la mejor relación calidad/precio.

Como ya ha quedado recogido en el anterior apartado, en el artículo 145.2, se establecen los criterios cualitativos en base a los cuales el órgano de contratación evaluará la relación calidad/precio, entre los cuales encontramos: la *"(...) mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el*

empleo". Así pues, ahora, los aspectos económicos comparten los criterios de adjudicación con otros criterios cualitativos, pero éstos últimos, requieren de una "carta de presentación" para poder ser admitidos: su vinculación con el objeto del contrato. ¿Cómo se mide es vinculación? El artículo 145.6, con una voluntad de aclarar este tema nos habla de que esta vinculación existe cuando la condición introducida afecte a sus procesos específicos de producción, prestación o comercialización o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida. No obstante, esta claridad legislativa, y tal y como se comentará en el próximo capítulo, esta unión de criterio-objeto de contrato no recaba unanimidad de opiniones, puesto que la mayoría de las resoluciones dictadas al efecto han negado la vinculación entre la condición social y el objeto del contrato.

B) La condición especial de ejecución del contrato. Imperativo legal de obligada ejecución.

En este apartado pasamos de los criterios de adjudicación, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, a las condiciones de ejecución de los contratos que no tienen incidencia en la valoración, sino que son de cumplimiento obligatorio.

En sentido, la Ley para asegurar que todos los contratos "engendrados" en base a su articulado tengan un carácter social, ambiental o innovador, utiliza la táctica de "por imperativo legal". De este modo, nos encontramos con el "autoritario" artículo 202 que como guardián de las condiciones sociolaborales y ambientales, obliga a que en todo contrato, deba incluirse, al menos, una condición de carácter social, ambiental, ético o de otro orden. Y esto, independientemente de que las características del contrato sean o no propicias a acoger a estas condiciones. El riesgo que conlleva esta imposición es la introducción de cualquier condición con tal de cumplir con esta disposición con lo que la finalidad de contar con una contratación estratégica queda muy diluida. Podríamos

unir esta exigencia con otro de los nuevos hitos en contratación que es la profesionalización de los gestores de la contratación, pero eso sería objeto de otro trabajo,

Pero, fijémonos en el elenco de condiciones que la ley ofrece. Todas ellas son muy aceptables y recomendables. No obstante, hay una de ellas de controvertida aplicación, que es: *"el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables"*.

Queríamos resaltarlo dado que, con relación al buen uso de esta condición, se han escrito numerosos artículos de opinión. Damos unas pequeñas pinceladas, al objeto de dejar constancia de esta controvertida condición social. Es conveniente señalar que existe una contradicción entre este artículo y el artículo 122.2 que incluye como aspecto obligatorio, la introducción en los pliegos de la obligación de cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.

Esta condición no sólo no limita la competencia, sino que es garantía del principio de igualdad, puesto que la ultraactividad de los convenios produciría una alteración de las condiciones de la adjudicación, quebrándose a la vez el principio de equivalencia de las prestaciones. Por otro lado, dado nuestro contexto normativo, el admitir que las empresas puedan abonar salarios por debajo del convenio sectorial vigente puede implicar una ventaja competitiva para las empresas nacionales difícilmente aceptable por el Derecho Europeo. Asimismo, no puede olvidarse que la precarización de las condiciones laborales repercute negativamente en la calidad de la prestación (Gallego Córcoles, I. 2017).

En el siguiente apartado, se acota más el tema y se circunscribe a la problemática de las mejoras salariales en la contratación.

IV. UNA CONTROVERTIDA CONDICIÓN SOCIAL: MEJORA SALARIAL

1. 1. PROBLEMÁTICA SOBRE SU INCLUSIÓN COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

Vamos centrando el tema y volvamos al artículo 145.2 y a ese elenco de condiciones, llamémoslas, “estratégicas”. Entre ellas, encontramos “la mejora de las condiciones laborales y salariales.”

A lo largo de los párrafos anteriores, ya hemos abordado el espinoso tema de la vinculación con el objeto del contrato. Vayamos a la parte práctica para visualizar el problema: Quiero introducir como criterio de valoración la mejora salarial de las personas adscritas a mi contrato. De 0 a 15 puntos, dándole 15 puntos a aquél licitador que más aumente la retribución salarial (no entro si entran complementos o demás conceptos que figuran en nómina) y de 0 a aquél que no haga modificaciones. Visto así, de forma neutra, sin profundizar más allá, esta condición entra dentro la literalidad del artículo, no obstante, formulemos la pregunta cuya respuesta le concede el manto de legalidad a esta condición, ¿está vinculada al objeto del contrato?

Del análisis de la postura mayoritaria de los tribunales de recursos administrativos, la respuesta es no, tal y como atestiguan las resoluciones que se muestran a continuación.

Una de las razones de esta rotunda negación es que entra en juego otro requisito que para determinados tribunales de recursos contractuales es ineludible, que es el nivel de rendimiento del contrato. Consideración ésta de corte puramente doctrinal puesto que si acudimos a la legislación no lo encontramos. Este requisito, de imposible demostración fáctica, respondería a la pregunta de ¿esta mejora salarial repercute en un mayor rendimiento en la ejecución del contrato?, en un lenguaje más coloquial, ¿si me suben el sueldo, trabajo mejor?

Precisamente, la explicación de esta postura contraria a las mejoras salariales como criterio de adjudicación, es que los tribunales no aprecian cómo esas mejoras pueden repercutir en el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución, ni cómo por ello pueden afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato.

A continuación, vamos a pasar a exponer algunas de las resoluciones destacadas en este sentido, sin ánimo de exhaustividad, dada la gran cantidad de pronunciamientos que existen al respecto:

Así, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales tenemos varias Resoluciones de tendencia, vamos a llamarlo negacionista, como es la Resolución nº 235/2019 de la cual, vamos a destacar su idea principal: Sólo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal y como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas. Asimismo, tal y como señala J. M. Carbonero⁴⁴, es interesante destacar en esta Resolución cómo el Tribunal da su interpretación de lo contenido en el apartado 6 del artículo 145

⁴⁴ CARBONERO GALLARDO, J. Miguel. (2019). *Criterios sociales y medioambientales, y vinculación con el objeto del contrato: Allegro ma non troppo y aviso a navegantes* [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://www.jaimepintos.com/las-consideraciones-salariales-en-la-contratacion-publica/>

dando un paso más allá en el sentido de que aporta un factor añadido para considerar esa vinculación con el objeto del contrato y es que los factores que intervienen en el proceso de prestación de los servicios (uno de los cuales es el factor trabajo), deben referirse especialmente a formas de prestación socialmente sostenibles y justas.

Esta expresión <<socialmente sostenibles y justas>> se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación. En el caso de los salarios, al salario mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Estos niveles salariales son los socialmente justos y sostenibles; por debajo de ellos, no lo son. Este es un ejemplo de cómo un resquicio, una frase que podría servir para apostillar el párrafo, ha servido para dar una interpretación a este artículo que, con tanto afán, describió las razones por las cuales un criterio encontraba vinculación con el objeto del contrato.

En la misma línea, está la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1059/2016, de 16 de diciembre, que no admite que las mejoras salariales impliquen un aumento del nivel de rendimiento en la ejecución del contrato. Asimismo, afirma que *"una mejora consistente en mantener durante la vigencia del contrato las retribuciones que figuren en el Convenio, no tiene cabida entre las que menciona el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE, ni es análoga a ninguna de ellas. A ello se añade que su exigencia no deriva en una mejor prestación del servicio (ni siquiera afecta directamente a la forma o calidad del servicio objeto de la prestación) y que su valoración como criterio de adjudicación puede ocasionar distorsiones entre los licitadores.*

Misma tendencia a no admitir la condición de mejora salarial por encima de lo establecido en convenio colectivo, la encontramos en la Resolución 257/2019, de 9 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía,, donde el Tribunal considera la falta de vinculación del criterio con el objeto del contrato dado que *"una*

oferta que proponga una mejora salarial, superior a la ofertada por otra, no supone necesariamente que las personas trabajadoras de la primera licitadora presten con mayor calidad el servicio que las de la segunda, ni que se afecte de manera significativa la ejecución del contrato...".

Como se aprecia, todas las resoluciones tienen un denominador común que es la falta de pruebas que demuestre un vínculo, una relación causa -efecto, entre el aumento del salario y un mayor rendimiento en la ejecución el contrato. Más allá de la posible distorsión competencial que, en opinión del Tribunal, la introducción de este criterio puede suponer. Por tanto, a la pregunta que formulábamos anteriormente de ¿si me aumenta el salario, trabajo mejor?, los tribunales no tienen duda: No, o quizá sí, pero no está demostrado. En el caso de encontrar la fórmula que objetivice este esfuerzo, entonces, quedará plenamente activa la condición de mejora salarial a la que nos venimos refiriendo.

Dentro del ámbito de los Tribunales de Recursos Contractuales, examinemos una más: la Resolución núm.: 359/2019 (recurso N-2019-217) del Tribunal Catalán de contratos que, al margen de sus consideraciones jurídicas, se permite hacer un juicio de valor a cerca de la disparidad de posicionamientos: *"En estos momentos, ya bajo la vigencia de la LCSP desde el 9 de marzo de 2018, la compleja configuración del artículo 145 de la LCSP hace que el terreno de juego siga siendo poco favorable a las respuestas unívocas".* Quizá más que poner el acento en la configuración del artículo que, más allá de su complejidad, recoge qué condiciones se pueden aplicar y cuándo, la problemática podría radicar en la compleja interacción entre los principios que componen el tejido de un proceso de contratación.

Continuando con el análisis de la citada Resolución, se extraen determinadas conclusiones:

- Los criterios de adjudicación, todos ellos, tienen que ser objetivos

- Tienen que permitir la evaluación del rendimiento de cada oferta en relación con el objeto del contrato, tal como este está definido en el PPT.

Por tanto, en base a esta consideración, la vinculación ha de ser propiamente al objeto del contrato, como condición primigenia digamos, obviando las circunstancias que lo acompañan como su ciclo de vida.

- El artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE no hace referencia, entre los ejemplos de criterios de adjudicación sociales, a las condiciones salariales; es más, como parámetros de medida de la calidad del personal adscrito a la ejecución del contrato se refiere, exclusivamente, a la organización, la calificación y la experiencia.

Dentro del recorrido por los pronunciamientos que anulan los criterios de adjudicación de carácter social que valoran mejoras salariales, vamos a subir un escalón más, y analicemos (sin entrar en profundidad) la posición que mantiene el Tribunal Superior de Justicia de Madrid-Sala de la Contencioso-Administrativo. Son varias las sentencias al respecto (sentencias 181/2019, 136/2018 y 220/2017), todas ellas ponen de manifiesto que este Tribunal no es muy proclive a admitir este criterio. Entre sus argumentos se encuentra que el texto comunitario de referencia –la Directiva 2014/24/UE- no incluye ninguna mención a una mejora social como la controvertida y porque se considera una medida susceptible de crear desigualdades y distorsiones entre los licitadores con efecto discriminatorio.

Por destacar alguna de ellas, nos centraremos en la Sentencia 136/2018⁴⁵, en la que se habla de una injerencia en el ámbito

⁴⁵ STSJ de Madrid nº 136/2018: nulidad de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de

de la regulación salarial de los trabajadores puesto que si la empresa cumple con los parámetros retributivos establecidos al afecto con sus trabajadores no hay razón para primar la aplicación de una u otra regulación de salarios.

Es decir, esta consideración, llevada a la parte práctica se traduciría en esta reflexión: Si se les paga conforme a las retribuciones fijadas por la empresa ¿por qué se les va pagar más? Continúa el Tribunal argumentando que, además, los artículos 84.1 y 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores avalan la posibilidad de sustituir los convenios colectivos nacionales por convenios de empresas (se entiende que para mejorar condiciones).

Por tanto, en opinión de este Tribunal, la vía para incrementar los salarios no es a través de criterios de adjudicación o condición especial de ejecución en el marco de un proceso de contratación, sino a través de los mecanismos que la normativa laboral establece al efecto. En definitiva, el contrato administrativo se convertiría en una fuente de creación de obligaciones y derechos de las relaciones laborales.

Sin embargo, no todo es anulación de criterios, también existen otros pronunciamientos diametralmente opuestos que abren una mínima rendija interpretativa. Así, el Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de Madrid en sus Resolución 308/2018, de 3 de octubre de 2018 (entre otras del mismo corte) ha considerado que ello era posible basado en razonamientos tales como que el rendimiento de las ofertas no tiene que estar referido exclusivamente al concepto técnico y económico de aquellas en su noción tradicional, sino que puede referirse a factores sociales implicados en los procesos de producción, prestación o comercialización del objeto del contrato. Y está en este resquicio interpretativo donde,

Madrid (TACP) nº 17/2.017 de 18 de enero, que desestima el recurso especial en materia de contratación nº 6/2.017 interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato "Protección y Seguridad de los edificios adscritos al Distrito de Usera" (expediente nº 300/2016/01747)

exclusivamente en función de la justificación esgrimida por el órgano de contratación en cada caso concreto, podría llegar a apreciarse una vinculación lo bastante determinante entre el criterio de adjudicación y el objeto del contrato en el sentido indicado por el artículo 145 de la LCSP debidamente interpretado de acuerdo con la Directiva 2014/24/UE.

Por tanto, el órgano de contratación analiza caso por caso. Entiendo que tendrá que hacer un trabajo detectivesco casi para poder probar la relación empírica que exista entre el aumento del salario y el mayor rendimiento en el contrato. En opinión F. Blanco López en su post sobre las consideraciones salariales en la contratación pública *"Afirmar que la búsqueda de mejores retribuciones salariales requiere que se demuestre la eficiencia que aporta al contrato público es una prueba diabólica que debería plantearse en sentido inverso de forma que ha de ser el recurrente el que demostrara la incorrección del objetivo social."*⁴⁶

Como se puede apreciar, las consideraciones que niegan el carácter de criterio de adjudicación o de condición de ejecución a la mejora salarial son varias y configuran un difícil panorama que no invita a la utilización de un criterio como éste. En realidad, en la medida en que los objetivos que se persiguen son intangibles, su demostración requiere de imaginación para idear algún tipo de sistema, baremo o método que mida la relación entre el aumento del salario y una mejor o más eficiente ejecución del trabajo.

En este afán por buscar una vía argumental para introducir este criterio, el Ayuntamiento de Cabrera del Mar, en el contrato de limpieza de los locales e instalaciones municipales (Expte. 2019/721), previó como modificación contractual la asunción de una mejora salarial establecida como criterio de

⁴⁶ BLANCO LÓPEZ, F. (2019). *Las consideraciones salariales en la contratación pública* [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://www.jaimepintos.com/las-consideraciones-salariales-en-la-contratacion-publica/>

adjudicación. Los pliegos del contrato se recurrieron por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza y el Tribunal Catalán de Contratos del sector público, en su Resolución 12/2020, de 15 de enero de 2020, estimó el recurso planteado. Éste es un claro ejemplo de la búsqueda, por parte de los entes públicos, de una vía para introducir las mejoras salariales en los procesos de contratación obviando el incierto requisito de la vinculación con el objeto del contrato.

Nadie duda de las bondades de incluir este tipo de “criterios secundarios”, pero vamos a pensar en los inconvenientes. Como ya comentábamos en apartados anteriores, los tribunales, han exprimido y llevado al límite la literalidad del articulado, y dentro del argumentario para desestimar la introducción de la mejora salarial dentro de los procesos de contratación, está en que este tipo de criterios chocan frontalmente con otro tipo de criterios igual de válidos, aunque no tan sociales.

Según la opinión de M. Pilar Batet ⁴⁷, el principal problema de la utilización de este tipo de cláusulas es la discriminación ilógica entre trabajadoras de una misma empresa, ya que las personas adscritas a un contrato pueden tener unos derechos o una remuneración superior a las que están adscritas a otros contratos. Así de sencillo.

Ciertamente, se generarían desigualdades entre los trabajadores de una misma empresa, los que están adscritos a un determinado contrato cobrarían más que los que no lo están. Este punto de vista, unido a la disparidad doctrinal que existe, hace que la bondad del objetivo final que se persigue con este criterio de la mejora salarial quede empañada y su uso limitado.

⁴⁷ BATET, M. Pilar (2019) ¿Podemos valorar las mejoras salariales respecto de las establecidas por convenio? [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://lapartecontratante.blog/2019/05/19/podemos-valorar-las-mejoras-salariales-respecto-de-las-establecidas-por-convenio-por-m-p-batet/>

Sin embargo, como ya se expuso al inicio de este trabajo, los escenarios donde puede actuar este criterio son varios. Hemos visto que como criterio de adjudicación su utilización es debatido, veamos qué ocurre en una esfera más rígida como son las condiciones especiales de ejecución.

2. ¿CÓMO OPERARÍA LA MEJORA SALARIAL COMO CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN?

Como ya se ha comentado en apartados anteriores, la condición especial de ejecución es de obligada ejecución, por tanto, es el sistema que garantiza la aplicación de las condiciones que se incluyan en los pliegos. Para ello, tiene que ir acompañada de un sistema de penalización adecuado que será aplicado en caso de incumplimiento.

Pero ¿qué consecuencias tendría el introducir como condición especial de ejecución una mejora salarial? Hay que tener en cuenta, que a través de esta condición se está exigiendo (vs valorando) a la empresa adjudicataria de un contrato público que retribuya a las personas adscritas a su ejecución con un salario por encima de lo que establecen las disposiciones de protección mínima de garantía de las condiciones de trabajo de los trabajadores.

En opinión de algunos autores, como GALLEGO CÓRCOLES, I.⁴⁸ como condición de ejecución sería una obligación que comportaría que, al menos en la contratación pública, se sustituiría a la negociación colectiva y configuraría a un pliego de cláusulas administrativas en materia de contratación pública, como norma obligatoria de retribución salarial determinada en una materia asignada a la negociación

⁴⁸ GALLEGO CÓRCOLES, I. DA. Nueva Época – Nº 4, Enero-Diciembre 2017 – ISSN: 1989-8983 – [Págs. 92-113] La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública

colectiva, lo que es evidente que no sería adecuado ni procedente.

Por tanto, la mejora salarial como condición especial de ejecución requiere que todas las empresas que vayan a participar en la licitación tengan que estar preparadas a que, si resultan ser adjudicatarias, tendrán que pagar más al personal adscrito al contrato. ¿Cuánto más? Eso quedará en manos del órgano promotor del contrato. Visto de este modo, el margen de discusión es estrecho.

Como se aprecia, si como criterio de adjudicación, ha generado polémica, igual ocurre si le vestimos de condición de ejecución. En este sentido, vamos a destacar el Informe 6/2018, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) que expone con claridad la problemática: ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea la exigencia de que en los contratos públicos se establezca la obligación de que las empresas contratistas paguen a las personas trabajadoras adscritas a su ejecución, un salario mínimo específico superior al fijado en el convenio colectivo sectorial o al salario mínimo interprofesional legalmente establecido?

Este Informe zanja la cuestión considerando que un incremento salarial como condición especial de ejecución no es conforme con la normativa de contratación pública, por las siguientes razones:

- Se considera medida discriminatoria y distorsionadora de competencia.
- Para poder exigir a las empresas contratistas un salario mínimo específico, este salario debe estar fijado en una disposición normativa de carácter general o en un convenio colectivo declarado de aplicación general y formar parte del nivel de protección que se debe garantizar a los trabajadores en el sentido de la Directiva 96/71, a efectos de no disuadir la participación en el procedimiento de

contratación de empresas de otros Estados miembros y provocar una distorsión de la competencia.

Asimismo, resulta interesante cómo el Informe, podría decirse que minusvalora este requisito de la mejora salarial, refiriéndose a que ya el artículo 122 de LCSP confiere una *protección social básica (sic)* a las personas adscritas a un contrato público al establecer la obligación de las empresas adjudicatarias de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores de conformidad con el Convenio Colectivo sectorial aplicable. Faltaría más.

Por tanto, se aprecia que el argumento para no admitir la mejora salarial como condición de ejecución, es que el procedimiento de contratación actuaría como fuente creadora de derechos, en este caso, salariales.

V. CONCLUSIÓN

El proceso de contratación es un terreno de juego en el que intervienen muchos factores, unos técnico-jurídicos y otros de corte más filosófico, como es el de la mejora salarial. Las reglas son claras, los principios, cada uno en su ámbito de actuación, han de respetarse los unos a los otros de tal manera que, cuando la maquinaria de la contratación se ponga en marcha, ninguno se vea perjudicado. Todo ha de tener su encaje, es por lo que el proceso se ve cuajado de requisitos y de criterios que regulan y modulan la convivencia de todos estos principios.

En este contexto, nos encontramos con esta condición de mejora salarial que por sí misma es magnánima y enriquece cualquier pliego en el que aparece. Pero ¿qué ocurre? que tiene sus más y sus menos con otros principios igual de activos que él, como es el de la no discriminación, el del respeto a la competencia o el de la jerarquía normativa. Y es en esta medida en la que su participación en un procedimiento no está generando los resultados de beneficio social que se esperaba.

Este trabajo ha pretendido ser un recorrido recopilatorio de posturas, opiniones, resoluciones o sentencias que conforman el marco de aplicación de la mejora salarial poniendo de manifiesto las dificultades que entraña su aplicación. Asimismo, he querido acompañar este recorrido de mis apreciaciones al respecto.

Por último, quería terminar este trabajo resaltando una idea. Se ha querido introducir en la contratación, como un criterio o una condición más, un principio que se asemeja a un derecho fundamental. Ya desde este punto de vista se hace difícil, sobre todo como condición de ejecución por la obligatoriedad que conlleva. Como criterio de adjudicación le añadimos dos competentes más: uno, su necesaria vinculación con el objeto y, dos, la demostración de su repercusión en un mayor rendimiento del contrato. La verdad es que no resulta fácil. Partiendo de esas premisas, habrá que buscar un punto de conexión objetivable, como puede ser el nivel de calidad que se puede alcanzar en la ejecución de un servicio y marcando unos objetivos cuantificables y medibles a alcanzar por parte del personal. De este modo, los resultados de medición de estos objetivos pondrán de manifiesto la existencia de una vinculación directa con el objeto del contrato.

No obstante, resulta complejo objetivar el esfuerzo, el rendimiento o el compromiso con el trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BATET, M. Pilar (2019). *¿Podemos valorar las mejoras salariales respecto de las establecidas por convenio?* [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://lapartecontratante.blog/2019/05/19/podemos-valorar-las-mejoras-salariales-respecto-de-las-establecidas-por-convenio-por-m-p-batet/>
- BLANCO LÓPEZ, FRANCISCO (2018). *La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica*. Revista Aragonesa de Administración Pública.
- BLANCO LÓPEZ, F. (2019). *Las consideraciones salariales en la contratación pública* [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://www.jaimepintos.com/las-consideraciones-salariales-en-la-contratacion-publica/>
- CARBONERO GALLARDO, J. Miguel. (2019). *Criterios sociales y medioambientales, y vinculación con el objeto del contrato: Allegro ma non troppo y aviso a navegantes* [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://www.jaimepintos.com/las-consideraciones-salariales-en-la-contratacion-publica/>
- GOMEZ FARIÁS B. (2019). *Contratación pública socialmente responsable: la exigencia de un salario mínimo como condición especial de ejecución*. Revista Jurídica Nº 35/2.
- COMISIÓN EUROPEA (1996): *Libro Verde: La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, 27 de noviembre del 1996, pág. 33.
- COMISIÓN EUROPEA [COM (2010) 2020]. *Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, 3 de febrero de 2010.
- COMUNICACIÓN [COM (2017) 572 final] de 3 de octubre de 2017, pág. 4.

DÍEZ SASTRE, S. (2017). *Las Cláusulas Sociales en la Contratación Pública*.

GALLEGO CORCOLES, I. (2017). *La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública*. DA. Nueva Época – N.º 4.

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA

D. Pedro José Díaz Calderón

Máster en Derecho Medioambiental y Sostenibilidad
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: La preocupación ambiental es uno de los problemas más graves y que más atormentan a la sociedad actual. Por ello, los organismos públicos como garantes de la estabilidad social y representación ciudadana, han de ser los primeros en dar ejemplo de código de buenas prácticas en materia ambiental. Así pues, la administración pública se debe dotar de herramientas para tal fin, siendo la contratación pública ecológica el instrumento para lograrlo. La normativa ha tratado de adaptarse a lo largo de los años, en base a principios y con objetivos claramente definidos en la lucha ambiental, en la misma medida que la realidad y las exigencias sociales, por ello resulta importante conocer los últimos avances en este sentido con la contratación pública ecológica, como el principal instrumento en dicha lucha.

Palabras Clave: contratación pública ecológica, política ambiental, sostenibilidad, responsabilidad social, cambio climático.

Abstract: Environmental concern is one of the most serious problems that plague today's society. Therefore, public organizations as guarantors of social stability and citizen representation, must be the first to give an example of a code of good environmental practice. Thus, the public administration should be provided with tools for this purpose, with the green procurement being the instrument to achieve it. The regulations have tried to adapt over the years, based on principles and with clearly defined objectives in the environmental struggle, to the same extent as reality and social demands, that is why it is important to know the latest developments in this regard with ecological public procurement, as the main instrument in this struggle.

Key Words: Ecological public procurement, environmental policy, sustainability, social responsibility, climate change.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL.- 1. Antecedentes históricos.- 2. Reglas y resolución de conflictos ambientales internacionales.- 3. Principios de la política ambiental internacional y europea.- A) *Principios de la política ambiental internacional.* - B) *Objetivos y principios de la política ambiental de la UE.*- III. CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.- 1. Impulso por parte de la Unión Europea.- 2. Plan de contratación pública ecológica en España.- IV. CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Pocos se atreven hoy día a negar la evidencia del cambio climático, los efectos adversos en la flora y fauna y en el hábitat en general que nos rodea. Todo esto, nos hace ver que al ritmo actual de desarrollo si no se hace nada, estamos destinados a acabar con la vida tal y como la conocemos hasta ahora, así pues, ya no valen las advertencias, sólo vale actuar y adoptar medidas contundentes, para ello el derecho ambiental trata de ser el medio que nos permita alcanzar el desarrollo deseado, permitiendo controlar la contaminación y logrando un uso sostenible de los recursos naturales y de los sistemas de la biosfera. Si bien es cierto, la preocupación ha ido en aumento, y cada vez es mayor el compromiso que tenemos como sociedad para afrontar el reto del cambio climático. Un auge sin duda alguna, aunque lo más curioso de todo ello, resulta, que éste empeño y preocupación, así como la acción, está viniendo sobre todo de la juventud, donde cada vez más y más activistas se movilizan, en los denominados *"FridaysForFuture"*, promovidos por la reconocida activista adolescente sueca Greta Thunberg.

Para hacer frente a tales amenazas nuestro medio debe ser el derecho ambiental, el mismo trata de erigirse como la principal vía que logre una política ambiental común, y consiga así, preservar el entorno y dotarnos de la sostenibilidad necesaria no de manera exclusiva para la generación actual si no sobre todo para las futuras. Por ello, a través de este artículo, conoceremos como ha cambiado la climatología y condiciones ambientales de nuestro planeta, así como la evolución del derecho ambiental desde sus inicios hasta la actualidad, además de conocer a nivel interno español el plan de contratación pública ecológica. Con ello, se pretende dar una visión amplia acerca del derecho ambiental, siendo más que justificable conocer, cómo se está trabajando en la vía del

derecho, para atajar un problema que nos afecta a todos por igual, el cambio climático.

II. DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

El problema medioambiental hace tiempo que dejó de considerarse como un problema sectorial o que afectaba a unas pocas regiones en el mundo. La globalización nos ha permitido observar cómo, los efectos perjudiciales por el cambio climático se hacen latentes a lo largo del globo de numerosas formas, y cada vez con efectos más perceptibles y perjudiciales para la sociedad, afirmando pues en pleno 2019 como el problema medioambiental ha dejado de ser un problema teórico para convertirse en uno real como hemos mencionado. Para apoyar nuestra teoría, debemos remarcar la realidad y hablar de datos, así pues, desde 1880 a 2017 la temperatura media mundial ha subido 1,5 °C aumentando a un ritmo de 0,2 °C por década a nivel mundial, mientras que a nivel interno español será de 0,5 °C por década¹.

Por otro lado, desde 1901 hasta 2010, el nivel medio mundial del mar ascendió a 19 centímetros debido a la expansión de los océanos por el deshielo de los polos y se prevé que para el año 2100 la subida sea de 19 a 58 centímetros, a raíz de ello, la extensión del hielo marino ártico registró en febrero de 2018 un promedio de 13,95 millones de km², lo que implica una disminución del 13,2% por década, según el

¹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, "Global Warming of 1.5 °C", *Special Report*, 2018, págs. 6 - 24.

National Snow and Ice Data Center (NSIDC) de la National Aeronautics and Space Administration (NASA)².

Mientras a nivel interno, España es el país de la UE más vulnerable al cambio climático³, ello se materializa en el total de zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas en España, las cuáles, podrían llegar en los próximos años a los 37,4 millones de hectáreas de las 50,5 millones del territorio español (un 74,05% del total), en base a las estimaciones realizadas, que pronostican por la progresión sufrida en estos años y los modelos realizados a futuro que, entre los años 1971-2000 dicha superficie era del 49,09%, entre el 2011-2040 la progresión será del 56,15%, en el período del 2041-2070 será del 66,63% y del 2071-2100 estaremos en el 71,27%⁴.

Pero como demuestran numerosas evaluaciones tanto de la Agencia Europea de Medio Ambiente (EEA), como de los diferentes ministerios y organizaciones de cada uno de los Estados Miembros, los europeos no estamos realizando un uso sostenible del agua, y todo ello a pesar de que aún siendo el agua un recurso abundante en la UE, aquellas zonas excesivamente pobladas, así como en épocas del año como el verano el problema se acentúa, con el denominado “estrés

² INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, “Climate Change 2014, Synthesis Report”, *Fifth Assessment Report*, 2014, págs. 2 - 147.

³ EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, “Climate change, impacts and vulnerability in Europe”, *Report 2016*, 2017, p. 285. Los datos corresponden ha dicho informe (págs. 280 y ss.), dónde se señala como zona más vulnerable en el entorno europeo al mediterráneo, dónde España además de Chipre y Grecia, son los más propensos a sufrir los peores efectos del cambio climático.

⁴ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Impactos del cambio climático en los procesos de desertificación en España*, 2016, págs. 2 - 24.

hídrico" o exceso de utilización del agua⁵. España es uno de los países que más sufre este fenómeno, como muestran los datos y como hemos señalado anteriormente reiteramos que, la zona del mediterráneo es la que más sufre, este sufrimiento se materializa en el denominado Índice de explotación del agua/*Water Explotation Index* (WEI), que mide los problemas estructurales de estrés hídrico, por medio de la medición del porcentaje del total de agua dulce utilizada, en comparación con los recursos renovables de agua dulce disponibles, en base a ello y según datos de la Agencia Europea de Medio Ambiente, podemos afirmar que, una zona está estresada a nivel hídrico cuando el índice "WEI > 20%", para entender su magnitud debemos saber que, el promedio para los veranos 2002-2012 fue del 81% en Chipre y del 55% en la cuenca del Segura (España), lo que supone un grave estrés hídrico y de utilización de recursos insostenible⁶.

1. Antecedentes históricos

A pesar de que el deterioro del medio ambiente y la explotación de los recursos naturales no es nueva, la preocupación por dicha utilización sin embargo sí lo es, todo ello no es más que la consecuencia del ser humano en su afán de progreso, y mejora, para lo cual utilizó, utiliza y utilizará los medios que estén a su alcance, sin importar que se ha de sacrificar en pro del progreso, aunque si bien es verdad, esta concepción ha cambiado sustancialmente y por suerte para la sociedad mundial. Si hablamos de avance y de progreso a nivel global, la revolución industrial debe estar en nuestra mente

⁵ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa*, Bruselas, 14 de noviembre de 2012, pág. 3.

⁶ MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA, *¿Hacemos los europeos un uso sostenible del agua?*, 2016.

como uno de los pasos más importantes dados por la sociedad en su conjunto, sin embargo, al igual que en un principio sólo importaba el avance fuera del modo que fuese, hoy día términos como “sostenibilidad” o “responsabilidad social” acompañan a todas y cada una de las empresas, administraciones públicas y organizaciones gubernamentales o no gubernamentales a nivel global, pudiendo observar, una creciente preocupación por las generaciones venideras y por conservar el hábitat en el que nos encontramos, sin por ello perjudicar el progreso, surgiendo tanto las organizaciones internacionales especializadas en la lucha ambiental, como el Programa de la ONU para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización de la ONU para la Alimentación y la Agricultura/*Food and Agriculture Organization of the United Nations* (FAO), el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU/*United Nations Department of Economics and Social Affairs* (UNDESA), el Foro de la ONU sobre los bosques/*United Nations Forum on Forests* (UNFF) o la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza/*International Union for Conservation of Nature* (IUCN) entre otras, así como otros instrumentos (sentencias, laudos arbitrales, reglas y otros recursos, etc.).

Así pues, la preocupación surge tras la revolución industrial, aunque es años después cuando podemos empezar a ver diferentes signos de deterioro medioambiental (desforestación, cambios en los comportamientos de aves, etc.), y consecuencia de ello se desarrolla el derecho ambiental, que puede datarse de la segunda mitad del siglo XX, buscando un equilibrio tanto, de la discrecionalidad de cada Estado respecto de sus recursos por un lado, como de los espacios internacionales sin soberanía (aguas internacionales, fondos marinos, Antártida, etc.) por el otro. Sin embargo, los problemas ambientales en cuanto a su gravedad y supranacionalidad fuerzan a la comunidad internacional a desarrollar una política ambiental común en temas como la

protección de la atmósfera en sustancias que destruyen la capa de ozono como el Protocolo de Montreal de 1987, o las emisiones de gases de efecto invernadero con el Protocolo de Kioto de 1997. Por ello, veremos un desarrollo de antecedentes del derecho ambiental internacional⁷.

En una primera fase, el comienzo se puede datar de finales del siglo XIX hasta 1945, con las primeras reglas con un enfoque limitado sin ser efectiva en numerosos casos su ejecución, versando las mismas sobre la protección de vida salvaje y espacios naturales vírgenes, ríos y espacios marinos. También se produjeron la inclusión de los primeros laudos arbitrales como el caso *Trail Smelter*, relativo a gases sulfurosos emitidos por una central de Canadá que causaba daños en Estados Unidos, concluyendo el Tribunal lo siguiente *"(...) ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio, de manera tal que cause daños por humos en o hacia otro territorio o propiedades o personas en él, cuando el caso tenga graves consecuencias y el daño sea establecido por evidencia clara y convincente"*⁸. Este caso, es considerado por la doctrina como el primer precedente relativo al derecho ambiental internacional en contaminación transfronteriza, así, *"(...) se convierte en un precedente muy valioso para el derecho ambiental internacional, al establecer de una vez por todas el principio de responsabilidad social internacional por daños causados al medio ambiente de otro Estado, (...) los humos fueron emitidos por una planta de propiedad privada, por lo que el Gobierno Canadiense no fue responsable de un acto de uno de sus órganos si no por omisión, (...) así el Tribunal aprovechó la oportunidad para establecer un régimen a futuro,*

⁷ LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y Legislación Ambiental adaptado al EEES*, Dykinson, Madrid (España), 2016, págs. 129 - 142.

⁸ LAUDO ARBITRAL, "Trail Smelter Case (United States, Canada)", *Reports of International Arbitral Awards*, ONU, Washington, D.C. (Estados Unidos), 2006, Volumen III, pág. 1965.

*reconociendo que el problema de la contaminación transfronteriza no puede ser resuelta simplemente pagando la compensación por los daños producidos en el otro lado de la frontera*⁹, señalando que el Estado debe ser el responsable de lo que pasa en sus fronteras ya sea un órgano propio o una propiedad privada, velando por que las actividades que se realicen sean conformes al derecho ambiental internacional, y por tanto se logre la sostenibilidad requerida en el mayor número de actuaciones posibles.

La segunda fase, la podemos encuadrar desde mediados del siglo XX, concretamente desde 1945 hasta la Conferencia sobre el Medio Humano de 1972 (también denominada Conferencia de Estocolmo), celebrada del 5 al 16 de junio de 1972, la cuál tuvo gran importancia ya que si bien, sus acuerdos no tenían carácter vinculante si no simplemente declarativo, a pesar de ello, se considera como el punto de inflexión y pionero en el derecho ambiental internacional moderno. Aunque en un principio la ONU no recogía como tal en su Carta medidas de protección ambiental, si recogía medidas sociales, culturales o humanitarias que beneficiarían la actuación ambiental, esto ayudó a impulsar convenios internacionales de conservación de recursos naturales, entre ellos, destacamos el Convenio de Ramsar (o Convenio sobre los Humedales), como encargado de la conservación y el uso racional de los humedales mediante acciones locales y nacionales para un desarrollo sostenible en todo el mundo. Finalmente, en 1972 el derecho y las políticas ambientales alcanzan su máxima expresión hasta la fecha, con la celebración de la Conferencia sobre el Medio Humano, con el objetivo de establecer una estrategia común a nivel global para la protección y mejora del medio humano. En ese mismo año el

⁹ KISS, A.C., *Survey of Current Developments in International Environmental Law, IUCN Environmental Policy and Law Paper*, International Union for Conservation of Nature, Morges (Suiza), 1976, número 10, pág. 46.

15 de diciembre, la Asamblea General de la ONU aprobó una resolución, designando el 5 de junio el Día Mundial del Medio Ambiente, en este 2019 China es la anfitriona y está dedicado a la lucha contra la contaminación del aire.

La tercera fase, se enmarca desde la mencionada Conferencia sobre el Medio Humano de 1972 hasta la Conferencia de Río de 1992. La Conferencia de 1972 pionera en esta materia, abrió la puerta a numerosos convenios de los que destacamos tres, en primer lugar, la Convención de la UNESCO de 1972 para la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, con la que se trataba de sensibilizar a los Estados sobre la protección del patrimonio cultural y natural, y la gravedad de los peligros que les amenazan para lo cual, los instaba a establecer un sistema eficaz de protección colectiva del patrimonio cultural y natural. En segundo lugar, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) de 1973, como acuerdo internacional que vela por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituya una amenaza para su supervivencia. Y por último en tercer lugar, el Protocolo de Montreal para la reducción de las sustancias que agotan la capa de ozono, teniendo como objetivo la protección de la capa de ozono mediante medidas para controlar la producción mundial y el consumo de sustancias que la agotan, en datos del propio convenio (expuestos en la portada de su página web), desde su adopción en 1987 hasta finales de 2014 se ha eliminado con éxito más del 98% de las sustancias que agotan la capa de ozono, lo que equivale a 135.000 millones de toneladas de CO₂.

La cuarta fase, desde la Conferencia de Río de 1992 (también denominada Cumbre de la Tierra), se realizó con el objetivo de establecer una alianza global creando nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas, para proteger la integridad del

sistema ambiental y de desarrollo mundial, hasta el siglo XXI. Esta etapa, es la confirmación de la preocupación global por los problemas ambientales, las diferentes conferencias y declaraciones reafirman la política ambiental seguida en años anteriores e intentan adaptar la nueva normativa, a los problemas y técnicas ambientales modernas, actuando dicha conferencia como punto de partida de la política ambiental del siglo XXI. Los principales instrumentos¹⁰ (luego han de ser desarrollados por instrumentos vinculantes denominados Protocolos) adoptados en la Conferencia de Río de 1992 son, en primer lugar, la propia Declaración de Río con sus 27 principios de desarrollo sostenible. En segundo lugar, la Agenda 21 como plan firmado en la Conferencia de Río, con el fin de desarrollar un programa de desarrollo social, económico y medioambiental para lograr un desarrollo sostenible. En tercer lugar, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, es considerado el principal instrumento internacional para el desarrollo sostenible, debido a sus tres objetivos: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de utilizar los recursos energéticos, con el fin de lograr un futuro sostenible. Mientras en cuarto y último lugar, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, con el objetivo de estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible (artículo 2). Tres años después, aprobada la Convención, el Intergovernmental Panel on Climate Change publicaba su Segundo Informe de Evaluación, concluyendo que el clima ya había comenzado a cambiar a causa de las emisiones de dichos gases, por ello,

¹⁰ LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y Legislación Ambiental (...)*, op. cit., págs. 137 - 140.

como respuesta a este informe se acordó incorporar una adición denominada Protocolo de Kioto.

Por último, la quinta fase, pleno siglo XXI, hablaremos de las diferentes conferencias, la Agenda 2030 y del Acuerdo de París. A raíz de la Conferencia de Río debemos hablar de las denominadas conferencias decenales o décimo período de sesiones, que tienen por objetivo refrendar y analizar los resultados de los acuerdos alcanzados en Río 1992, así, por un lado la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, y por otro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de 2012 (también denominada Río+20), la cuál resultó vital, como señalaba el entonces Secretario general de la ONU Ban Ki-moon *“Río+20 será una de las reuniones mundiales más importantes sobre desarrollo sostenible de nuestros tiempos”*. Como consecuencia de la misma, se crean, por un lado, la Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (máximo órgano responsable sobre decisiones en materia ambiental de la ONU), mientras, por otro lado, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (dando como resultado 17 objetivos con 169 metas de carácter integrador e indivisible en las áreas económica, social y ambiental, y supuso la evolución de la Agenda 21 de 1992). Además, no debemos olvidarnos del Acuerdo de París, que tenía el objetivo de establecer un plan mundial de mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C sobre los niveles preindustriales, limitándolo a 1,5 °C.

2. Reglas y resolución de conflictos ambientales internacionales

Los principios ambientales son la base de actuación de las políticas ambientales recogidas en las Conferencias, Declaraciones, Convenios, Convenciones, etc.; Pero debemos entender qué es un conflicto medioambiental, entendiendo que puede manifestarse como conflicto político, económico, étnico,

etc.; pero que al final, conducirá a un denominador común, la degradación ambiental, es decir, un uso excesivo de recursos renovables, que nos lleve a un exceso de tensión de la capacidad del sumidero del medio ambiente (contaminación), así como al empobrecimiento del espacio de vida¹¹.

Pero para poder hacerle frente debemos reconocerlo, por ello, es vital investigar por un lado la percepción de la sociedad respecto de los problemas ambientales y por otro los cambios culturales, lo cual, nos ayudará a conocer la respuesta social ante el fenómeno ambiental, advirtiéndonos de primera mano del compromiso real de la sociedad de cara a la sostenibilidad del entorno que la rodea, no sólo en el presente sino también en el futuro. La UE lo hace a través del denominado Eurobarómetro respecto al medio ambiente¹², extrayendo que, el 94% de los europeos piensan que proteger el medio ambiente es importante (en el caso español es del 97%), preocupando especialmente el cambio climático, la contaminación del aire y el volumen de residuos, además el 87% piensa que la sociedad puede ejercer un papel importante en la protección ambiental, de manera que alrededor del 65% separa sus residuos (reciclaje), un 35% realiza acciones que reducen el consumo de energía, o el 34% evita artículos de plástico de un sólo uso. Mientras el 94% está de acuerdo con el principio "quién contamina paga", y propone soluciones como, multas más elevadas al que contamine un 34% de los encuestados, mejor información un 28%, así como una educación comportamental un 26%.

¹¹ LIBISZEWSKI, S., "What is an Environmental Conflict?", *Center for Security Studies. Environment and Conflicts Project (ENCOP)*, Zúrich (Suiza), 1992, p. 14.

¹² COMISIÓN EUROPEA, *Special Eurobarometer 468 "Attitudes of European citizens towards the environment"*, noviembre de 2017 (último realizado).

3. Principios de la política ambiental internacional y europea

Reconocida la gran preocupación de los ciudadanos europeos por el medio ambiente, debemos conocer los principios que ayuden, por un lado, a mitigar la degradación medioambiental y por otro, den respuesta a la preocupación ciudadana ambiental tanto presente como a futuro.

A) Principios de la política ambiental internacional

Sin dejar al margen los demás principios, el primero a mencionar debe ser el principio de desarrollo sostenible, pero, ¿qué es?, pues bien, es aquel que *“(...) satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias (...)*¹³, hoy día la base del concepto sigue siendo la misma.

En segundo lugar, la regla de que *“los estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”* recogida en el principio 21º de la Conferencia sobre el Medio Humano y el principio 2º de la Conferencia de Río¹⁴.

En tercer lugar, el principio de las responsabilidades sociales comunes pero diferenciadas de los Estados en la protección del medio ambiente, como manifestación del

¹³ Definición perteneciente al Informe de la Comisión Mundial Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU, conocido como el Informe Brundtland, en el año 1987, pág. 23.

¹⁴ LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y Legislación Ambiental (...)*, op. cit., págs. 143 - 144.

principio de equidad recogido en la Conferencia de Río y en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

En último lugar, el principio de cooperación internacional para la protección del medio ambiente, recogido en el principio 24º de la Conferencia sobre el Medio Humano, principio 27 de la Conferencia de Río y el principio 21ª.a) de la Carta Mundial de la Naturaleza¹⁵.

B) Objetivos y principios de la política ambiental de la UE

En la UE además de los principios internacionales mencionados, debemos sumar otros, que sean llave para la consecución de los objetivos contenidos en el artículo 191.1 del TFUE, orientadores de la política ambiental europea hasta 2020, 2030 y 2050, los cuáles son, en primer lugar, la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente. En segundo lugar, la protección de la salud de las personas. En tercer lugar, la utilización prudente y racional de los recursos naturales. Y en cuarto y último lugar, el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático. Además de estos objetivos, la política ambiental de la UE se rige por dos parámetros, por un lado, están los principios como tal y por otro lado las condiciones (como factores externos de carácter técnico, económico o político)¹⁶.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 144.

¹⁶ LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y Legislación Ambiental (...)*, op. cit., págs. 186 – 191.

Respecto a los principios estos serían, en primer lugar, lograr un nivel de protección elevado, pero no significa que tenga que ser el más elevado como señalan diversos autores o la jurisprudencia del TJCE (actual TJUE a partir del 2009), “(...) *la política de la Comunidad en el medio ambiente tendrá por objeto un nivel de protección elevado, dicho nivel, para ser compatible con la referida disposición, no es necesario que sea técnicamente el más elevado posible(...)*”¹⁷, es decir, margen amplio pero siempre alcanzando un nivel elevado, pero no tiene porqué ser máximo.

El segundo principio es el de cautela y de acción preventiva. El mismo trae causa del sentir social de anticipar la acción de los poderes públicos a la concreción de amenazas que pongan en riesgo el medio ambiente, pero no sólo por ello, si no que la versatilidad de este principio hace que sus efectos se extiendan a otros sectores como el derecho sanitario y alimentario (utilización de pesticidas afectan al medio ambiente pero también a la fauna que en ocasiones ingerimos), para proteger la salud pública y por ende la vida humana, así destacamos como este principio opera en un marco de incertidumbre (no hay certeza absoluta, es decir, a priori por una amenaza), así, con este pretexto de proteger el medio ambiente en ocasiones se pueden perseguir otros fines, como restringir la libertad de los ciudadanos ante un cierto riesgo¹⁸. Teniendo en cuenta lo señalado, no debemos caer en la trampa de valorar un bien por encima de otro (medio ambiente vs libertad ciudadana/salud pública), cada uno en su ámbito será igualmente protegible, pero en ningún caso llave de menoscabo del otro.

¹⁷ STJCE de 14 de julio de 1998, asunto c-284/95, apartado 49.

¹⁸ CIERCO SEIRA, C., “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004, págs. 73 – 126.

El tercer principio, trata de corregir los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma, aplicando las medidas en la fuente más próxima a la de contaminación. Este principio se denomina también de causalidad, y ha dado lugar a otras normas ambientales como las de Control y Prevención Integrada de la Contaminación que supone evitar que la contaminación se traslade de un medio a otro, o las de gestión de los residuos que implican que dicha gestión se realice en el lugar de su producción, así como el establecimiento de restricciones en los movimientos de los mismos¹⁹. Como ejemplo de ello el TJCE señala “(...) éstos (los residuos) deben gestionarse lo más cerca posible del lugar de producción, a fin de limitar al máximo su traslado”²⁰.

El cuarto es el principio quién contamina paga, siendo rector y pionero al aparecer en el Primer Programa de Acción Ambiental de la Comunidad de 1973. Posteriormente se desarrolló en una Recomendación, “(...) es conveniente imputar los costes derivados de la protección del medio ambiente contra la contaminación (...) a los responsables de una contaminación como responsable directa o indirectamente o aquel que crea las condiciones para que se produzca este deterioro”²¹. La doctrina señala como el Sexto Programa Comunitario de acción en Materia Ambiental, trata este principio como un instrumento fiscal del sistema, para internalizar las consecuencias negativas

¹⁹ GUTIÉRREZ DUARTE, M.V., RODRÍGUEZ LÓPEZ, Á. Y GALVÁN VALLINA, J., “Objetivos y principios fundamentales de la política ambiental europea”, *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*, volumen VI, 2013, pág. 46.

²⁰ STJCE de 9 de julio de 1992, asunto C-2/90, apartado 34 (residuos y su especial eliminación).

²¹ DOCE, L núm. 194 de 25-07- 1975. Recomendación del Consejo 75/436/ EURATOM, CECA, CEE, de 3 de marzo de 1974, relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente. Apartados 1, 2 y 3.

en el medio ambiente²². Posteriormente, se crea el denominado Libro Blanco para establecer su estructura de aplicación, con el objetivo de establecer un régimen de responsabilidad social que contribuya como incentivo para que las empresas tengan un comportamiento más responsable, sin dejar vacíos legales como la experiencia de Estados Unidos en la legislación *Superfund* (responsabilidad por la limpieza de los lugares contaminados), previniendo lagunas legales, que permitan la transferencia de las actividades peligrosas a empresas que se declaren insolventes cuando se producen daños de importancia²³, por ello, aplicar la normativa es vital. La dificultad, es que en la práctica su aplicación se ha realizado siempre de un modo flexible, al admitirse ayudas y subvenciones públicas (incentivos financieros positivos) con bastante amplitud y ello hace recaer los gastos de la lucha contra la contaminación en la sociedad en general²⁴.

El quinto principio es el de integración de políticas medioambientales que fomente la sostenibilidad como parte angular, logrando así, un desarrollo sostenible y socialmente responsable. Aparece por primera vez en el Tercer Programa de Acción Ambiental de la Comunidad de 1983. Trata de garantizar que la protección ambiental se tenga en consideración en el momento de aplicar el resto de políticas comunitarias, ya que, *"(...) cualquier norma comunitaria que no integre debidamente*

²² RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. M., "Los tributos medioambientales en el sistema multilateral de comercio y su incidencia en la política fiscal ambiental de la Unión Europea", en *Estudios sobre fiscalidad de la energía y desarrollo sostenible* (coord. FALCÓN Y TELLA, R.), Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, págs. 141- 176.

²³ Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental, COM/2000/66 final, de 9 de febrero de 2000 (creado por la Comisión), pp. 5 (prefacio) y 15 (efecto previsto).

²⁴ LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y Legislación Ambiental (...)*, op. cit., págs. 190.

las exigencias del medio ambiente, si de ello se derivan efectos perjudiciales para el medio ambiente que no puedan identificarse sobre la base de razones claras e imperiosas de interés general, está sujeta a la anulación por el TJCE conforme al art. 230 del Tratado de la Comunidad Europea, (...) debiendo ser respetado por los EEMM al ejecutar todas y cada una de las normas comunitarias en el marco de cualquier acción o política comunitaria”²⁵.

Ello no asegura su integración, ya que la práctica presenta multitud de dificultades para compatibilizar el desarrollo económico con la protección ambiental, así pues, la única alternativa en muchos casos es limitar los efectos nocivos²⁶. En la actualidad, este principio está regulado, a nivel comunitario en la Directiva 2010/75/UE sobre emisiones industriales (sustituyendo a la Directiva 2008/1/CE que recogía las modificaciones introducidas en la Directiva 96/61/CE), y a nivel interno español, en la Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados²⁷.

Así pues, vistos los principios debemos señalar la otra vertiente de la política ambiental de la UE, encaminada a la consecución de la sostenibilidad y de la responsabilidad social

²⁵ PLAZA MARTÍN, C., *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 186. Cita a WASMEIER, M., “The Integration Principle of Environmental Protection as a general Rule for interpreting Community Law”, *Canadian Modern Language Review*. 2001, volumen 38, págs. 159 -177.

²⁶ GUTIÉRREZ DUARTE, M.V., RODRÍGUEZ LÓPEZ, Á. Y GALVÁN VALLINA, J., “Objetivos y principios fundamentales (...)”, op. cit., págs. 55 y 56.

²⁷ SANZ LARRUGA, F. J., “La integración europea y el principio comunitario de integración ambiental en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Portugal, volumen 6, núm. 12, 2018, pág. 276.

en materia ambiental, como son las condiciones contenidas en el artículo 191.3 del TFUE. En primer lugar, los datos científicos y técnicos disponibles. En segundo lugar, las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la UE. En tercer lugar, las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción. En cuarto y último lugar, el desarrollo equilibrado económico y social de la UE en su conjunto.

III. CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA

1. Impulso por parte de la Unión Europea

Como sabemos, la lucha contra el deterioro ambiental del planeta, debe venir de todos los sectores, ya sean empresas, organismos públicos o privados, sociedad en general, etc.; por ello es de suma importancia que, los organismos públicos como garantes de la estabilidad social y representación ciudadana, sean los primeros en dar ejemplo de código de buenas prácticas en materia ambiental, ya que, la mejor manera de exigir es predicar con el ejemplo. Así pues, la administración pública se debe dotar de herramientas que le permitan desarrollar su actividad bajo los parámetros de sostenibilidad y responsabilidad social, respecto al cuidado ambiental, apareciendo la contratación pública ecológica como el instrumento para lograrlo. Con el propósito de saber a qué nos estamos refiriendo, en las próximas páginas, trataremos de aportar luz a la normativa en materia de contratación pública ecológica, que se ha estado desarrollando tanto en la UE, como en España.

Para ello debemos conocer las fases en las que se ha ido incluyendo la variable ambiental en los textos y en legislación. Así pues, la variable ambiental aparece en la UE con el Libro Verde de la Comisión Europea en 1996, con la que se pretendía elevar la política de protección ambiental en una de las más

importantes, luchando contra la contaminación del aire, de las aguas y de la tierra, la gestión de residuos, las normas de seguridad de los productos, la evaluación de impacto ambiental y la protección de la naturaleza, a través de la imposición por parte de los órganos de contratación de condiciones de ejecución que respeten el medio ambiente, procurando que no tengan carácter discriminatorio, consiguiendo su integración de manera lícita.

Todo ello fue consolidado, con la aprobación en 2001, por un lado, de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo sostenible en la UE, y por otro, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación para integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública. Posteriormente, aparece la Estrategia de desarrollo sostenible de 2005 (sin vigencia), complemento de la Comunicación de la Comisión sobre un medio ambiente mejor de 2008, que sirve como impulso para la contratación pública ecológica.

Inmersos en la misma, en 2010 aparece la Estrategia Europa 2020 que refuerza la estrategia a largo plazo con objetivos ambiciosos pero alcanzables a través de tres pilares, un crecimiento inteligente (desarrollando una economía basada en el conocimiento y la innovación), un crecimiento sostenible (promocionando una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva) y un crecimiento integrador (fomentando una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial)²⁸. Finalmente, el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE²⁹, pretende mejorar la eficiencia, transparencia

²⁸ ALONSO GARCÍA, M.C., "La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 26, 2015, págs. 5 y 6.

²⁹ DOUE C 318/113-120 de 29 de octubre de 2011. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el, "Libro Verde sobre la

y seguridad jurídica por su importancia en la contratación pública ambiental en la Estrategia Europa 2020.

Por último, a nivel legislativo de la UE no nos podemos olvidar, por un lado, de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE (ambas derogadas), y por otro, del pronunciamiento respecto de la admisión de criterios ambientales la STJCE de 17 de septiembre de 2002³⁰ y a la STJUE de 4 de diciembre de 2003³¹, en las cuáles, se recoge de manera pionera la variante ambiental respecto de la contratación pública por parte de la jurisprudencia, entre otras, algo que no nos cansaremos de remarcar en las próximas páginas la imprescindible relación con el objeto del contrato³², entre otras. Además, debemos recordar que, lo hacen en relación a contratos de servicios, pero no hay razón alguna para no extenderse a otro tipo de contratos como por ejemplo los de obra³³.

Así pues, en la actualidad, acudimos a las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE. En los siguientes párrafos, vamos a remarcar principalmente la importancia de la Directiva 2014/24/UE (así como sus artículos y considerandos más

modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, de 27 de enero de 2011, COM (2011) 15 final.

³⁰ STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, págs.7275, 7276 y 7287.

³¹ STJUE (Sala Sexta) de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, págs. 14577, 14578 y 14594.

³² PINTOS SANTIAGO, J., “Claves actuales para la utilización de las cláusulas medioambientales en la contratación pública”, *Contratación administrativa práctica*, núm. 134, 2014 (ejemplar dedicado a la Especial contratación verde), págs. 30 – 34.

³³ RODRÍGUEZ, G.A. Y PAÉZ PAÉZ, I.A., *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia), 2012, págs. 136-139.

relevantes en la materia), la cuál, se erige en garante de integración en los procedimientos de contratación pública a través del cumplimiento de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia, de cara a evitar conflictos de intereses (artículo 24) que conduzcan a la corrupción, además de la necesidad de una mayor flexibilidad (considerando 42), es decir, prevé negociaciones, siempre que vayan acompañadas de igualdad de trato y transparencia, de modo que, los poderes adjudicadores no revelarán a los demás las propuestas de sus competidores³⁴. Al fin y al cabo, todo ello va en busca de lograr la integración de la variable ambiental en la adjudicación, pero debemos recordar que, sólo se podrá tener en cuenta si la misma está vinculada al objeto del contrato, por ello es importante conocer las fases³⁵ contractuales con las modificaciones introducidas por la Directiva 2014/24/UE.

Por tanto, la primera fase sería la preparación del contrato (definición de su objeto y redacción de los pliegos de condiciones). Debemos recordar que, el criterio ambiental sólo se aplicará en las especificaciones técnicas (artículo 42), en aquellos contratos cuyo objeto afecte o pueda afectar al medio ambiente, consiguiendo que dichas especificaciones sean conformes con las características ambientales, haciendo coincidir a su vez en el objeto del contrato, el rendimiento o exigencias funcionales con las ambientales. Para la demostración del cumplimiento de las prescripciones técnicas ambientales, se permitirá el uso de etiquetas (considerando 74), como la Etiqueta Ecológica Europea (EEE) o "Ecolabel".

³⁴ MORENO MOLINA, J.A., "Las nuevas directivas de la UE sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español", *Gabilex*, núm. Extraordinario, 2015, págs. 227 - 255.

³⁵ ALONSO GARCÍA, M.C., "La consideración de la variable ambiental en la contratación (...), op. cit., págs. 7 - 12.

La segunda fase se corresponde con los requisitos exigidos a los operadores económicos (prohibiciones para contratar y acreditación de la solvencia técnica). Así pues, a través de la Directiva 2014/24/UE se permitirá a los Estados Miembros excluir del procedimiento de contratación a un operador económico que incumpla las obligaciones enumeradas en el anexo X de la Directiva, en virtud de sus artículos 18.2 y 57.4.a), siendo todo aplicable también, a los subcontratistas en virtud del artículo 71.1 de dicha Directiva. Como nota, saber que esta exclusión es en materia ambiental, pero el artículo 57.1 permite la exclusión por otros motivos como, participación en organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo, blanqueo de capitales y trata de seres humanos. Por otro lado, para demostrar su solvencia técnica el operador económico lo puede acreditar con su adecuada gestión ambiental, a través del Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) como norma principal, aunque se permiten otras, así como, si llegado el caso no tuviera acceso a este sistema o no lo puede obtener en el plazo fijado por causas no imputables al mismo se podrían aceptar otras pruebas de medida de gestión ambiental (artículo 62.2 y su párrafo 2º).

La tercera fase atañe a la adjudicación de los contratos y valoración de las ofertas (valoración de las proposiciones y determinación de la oferta más ventajosa, admisibilidad de variantes o mejoras, ofertas temerarias y procedimiento negociado). Respecto a la valoración de las proposiciones se atenderán a diferentes criterios (artículo 67.2), el efecto de los mismos es garantizar una competencia perfecta, esto supone conferirle al poder adjudicador una libertad de decisión atendiendo a los mismos, sí, pero nunca esta libertad será ilimitada (considerando 92 y artículo 67.4). El resultado final sigue siendo el mismo, este es, conseguir la oferta económicamente más ventajosa, es decir, la mejor relación calidad-precio en función de los criterios que hemos señalado,

entre otros, las características medioambientales (considerando 89 y artículo 67). Para calcular el coste de la oferta se atenderá al coste del ciclo de vida que incluirá, los sufragados por el poder adjudicador (consumo de energía o costes de reciclado, etc.;) y los imputados a externalidades medioambientales durante el ciclo de vida del producto como las emisiones de gases de efecto invernadero, actividad maderera sostenible, etc.; (considerandos 93 y 96, y artículo 68).

A su vez el poder adjudicador autorizará y podrá exigir (novedad) a los licitadores a presentar las variantes, debiendo incluirse en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deban cumplir las mismas, así como las modalidades de su presentación (artículo 45). En cuanto a las ofertas temerarias, el poder adjudicador podrá exigir a los operadores económicos que expliquen el precio de la oferta, en cuanto al ahorro, las soluciones técnicas adoptadas, los suministros o el cumplimiento de las obligaciones del artículo 18.2 de la Directiva entre otras (artículo 69). Por último, la inclusión de consideraciones medioambientales en el procedimiento negociado, supone poder negociar aspectos medioambientales si no se constituyen en requisitos mínimos (aquello que toda oferta debe respetar), es decir, negociarse no como mínimos, si no como variables (considerando 45).

La cuarta y última fase, se corresponde con la ejecución o cumplimiento del contrato. Se debe señalar que, entre las condiciones de ejecución de un contrato respecto a las consideraciones medioambientales tenemos, la entrega, el embalaje y la eliminación de productos, y respecto a los contratos de obras y servicios, la minimización de los residuos y la eficiencia energética (considerando 97).

2. Plan de contratación pública ecológica en España

Mientras a nivel interno español en materia de contratación pública, debemos recordar que la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva en legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (artículo 149.1. 18º Constitución Española). Para ello acudiremos, al Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (2018-2025)³⁶, aunque antes de hablar del mismo, debemos señalar otros textos que apoyan el plan dentro del marco normativo español.

Entre otras, conviene destacar la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, mediante la cuál, se trata de conciliar el desarrollo económico, social y ambiental que favorezca un desarrollo económico sostenible que logre impulsar la acción de los poderes públicos, por medio de la mejora de la competitividad, la estabilidad de las finanzas públicas, la racionalización de las Administraciones Públicas, el fomento de la capacidad innovadora de las empresas, el ahorro y eficiencia energética, la promoción de las energías limpias con la reducción de emisiones y el eficaz tratamiento de los residuos, con el objetivo de lograr el fortalecimiento del Estado social impulsando la sostenibilidad de la economía española.

Respecto a la eficiencia energética, acudimos a la Ley 15/2014 de racionalización del Sector Público, que en su disposición adicional decimotercera denominada *“Eficiencia energética en las adquisiciones de las Administraciones Públicas integradas en el Sector Público Estatal”*, transpone el artículo 6

³⁶ BOE, núm. 30, de 4 de febrero de 2019, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).

de la Directiva 2012/27/UE³⁷ al ordenamiento jurídico español, por el que se establecen los principios y/o requisitos de eficiencia energética para adquirir productos, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energéticos por parte de las Administraciones Públicas integradas en el Sector Público Estatal.

En la actualidad la ley que transpone la importantísima Directiva 2014/24/UE a nivel interno español, es la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público³⁸, con la que se trata de *“(…) conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley,*

³⁷ DOUE L 315/1-56 de 14 de noviembre de 2012, Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE.

Artículo 6 *“Los EEMM garantizaran que las Administraciones centrales adquieran solamente productos, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético, en la medida en que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente”.*

Dicha Directiva ha sido modificada por la Directiva 2018/2002/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energéticas, en diversos artículos, pero no el artículo 6 (que es el que nos afecta en este caso).

³⁸ BOE, núm. 272, de 9 de noviembre de 2017, por el que se publica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad” (preámbulo Ley 9/2017). Con esta nueva ley de contratos del sector público, se pretende lograr una mayor transparencia en los procedimientos que respete la igualdad de trato y el principio de integridad, logrando incorporar los criterios medioambientales (artículo 1 Ley 9/2017), recordando que será así, siempre que guarden relación con el objeto del contrato. Todo ello es consecuencia de la finalización del Plan de Contratación Pública Verde de 2008 enmarcado en la Directiva 2004/18/CE (vista antes), que tenía el objetivo de integrar el factor ambiental por los objetivos comunitarios en las políticas públicas implantando prácticas respetuosas con el medio ambiente, fijando las condiciones en las que los poderes adjudicadores podrán introducir requerimientos de carácter ambiental y social en las licitaciones públicas.

Una vez agotado el Plan de Contratación Pública Verde, llegamos al mencionado Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, el cuál tiene una vigencia de 7 años (2018-2025). La importancia de este plan, es primordial, porque los avances señalados a lo largo del artículo, han de verse refrendados en unas políticas de actuación acordes a las nuevas exigencias ecológicas y de desarrollo social.

Por todo ello, acotar conceptos resulta imprescindible en aras de consolidación del cambio, así pues, la contratación pública ecológica, no es más que el proceso por el que las autoridades públicas adquieren los bienes, obras y servicios a través de un impacto medioambiental en su ciclo de vida reducido, si se compara con otros de la misma función que se adquirirían en su lugar (artículo 2), mientras los objetivos (artículo 3) del plan serían, en primer lugar, promover la

adquisición por parte de la administración pública de bienes, obras y servicios con el menor impacto medioambiental posible. En segundo lugar, servir como instrumento de impulso de la Estrategia Española de Economía Circular. En tercer lugar, apoyar con medidas concretas para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador garantizando, al mismo tiempo, un uso más racional y económico de los fondos públicos, tanto desde el punto de vista de la inversión como desde el punto de vista de la explotación. En cuarto lugar, promover la incorporación de cláusulas medioambientales en la contratación pública. Mientras en quinto y último lugar, dar publicidad en el ámbito de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social, de las posibilidades que ofrece el marco jurídico tanto nacional como internacional sobre la contratación pública ecológica.

A su vez, se han determinado un grupo de 20 bienes, obras y servicios prioritarios (artículo 4), en base, a los criterios de contratación pública ecológica de la UE. Además, se establece en el propio plan, una serie de criterios generales de actuación (de manera voluntaria), que promuevan una mayor participación de la PYME, que los órganos de contratación podrán utilizar e incorporar a los pliegos de condiciones, como los criterios de selección, los criterios de adjudicación, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales de ejecución (artículo 5).

Resulta importante hablar también del Real Decreto 163/2014 por el que se crea el registro de huella de carbono, con el que se pretende como señala su artículo 2, contribuir a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, incrementado su absorción por los sumideros de carbono del territorio nacional español, garantizando así los compromisos asumidos por España en materia de cambio climático. A través de esto, se logra dotar a la Administración de la posibilidad de

contratar con empresas que además de conocer su huella de carbono, cuenten además con un plan para reducirla³⁹.

Así pues, es necesaria la inclusión en el proceso de contratación, de un criterio de adjudicación que valore la compensación y absorción de la huella de carbono, ya que a través de este registro, se garantiza no sólo el cálculo de las emisiones producidas en la actividad, sino también un plan para reducirlas, así pues, como señala el Plan de Contratación Pública Ecológica la inclusión del número de contratos licitados se realizará de manera gradual y en la siguiente proporción, año 2020 el 15%, para el año 2022 el 30% y para el año 2025 el 50% (artículo 6).

IV. CONCLUSIONES

1. El problema ambiental afecta a la totalidad de las regiones del mundo de una manera u otra. Los efectos hasta ahora podrán verse multiplicados por el ritmo de desarrollo y consumo insostenible de la sociedad en general. Por ello, términos como “sostenibilidad” y “responsabilidad social”, no deben constituirse en vacíos de contenido y llevarse al ecoblanqueamiento usado por las empresas de cara a los consumidores o “*greenwashing*”, sino que deben convertirse en la realidad de la política de todas y cada una de las organizaciones y empresas.
2. El desarrollo como sociedad es la principal causa del deterioro ambiental, si bien es verdad la revolución industrial trajo consigo numerosos avances (ya que

³⁹ OFICINA ESPAÑOLA DE CAMBIO CLIMÁTICO, “Informe: Inclusión de la huella de carbono en las compras públicas”, *Guía para la Administración*, Madrid, 2011, p. 1.

somos lo que somos como sociedad hoy día gracias a ello), también originó un deterioro incuestionable y hasta ahora irreparable en el medio ambiente mundial. Las diferentes fases de progreso han experimentado al laza tanto el desarrollo social como el deterioro ambiental, viéndose reflejado en la misma medida la preocupación ambiental.

3. Los principios y objetivos de la política ambiental, no son nada más que fórmulas de escape que permitan seguir adelante con el desarrollo de las generaciones presentes, logrando a su vez no comprometer a las generaciones futuras. Si bien el problema es global, ello debe lidiar con el hecho de la existencia de Estados soberanos y fronteras, es decir, con el respeto de todas y cada una de las jurisdicciones, por tanto, la única fórmula fue, es y será, la consecución de acuerdos.
4. Las administraciones públicas como gestores del Estado, y con funciones a todos los niveles estatal, regional y local, son la primera línea de fuego en cuanto a la actuación de numerosas gestiones en pro de la sociedad, por tanto su compromiso de cara al medio ambiente y poder dar ejemplo así al ciudadano, en aras de inculcar una conducta social sostenible, resulta primordial, por ello, la introducción de la contratación pública ecológica, ayudará no sólo de manera directa en los propios procesos de adjudicación, si no de manera cultural, como germen sostenible de las futuras generaciones.
5. Si bien el camino recorrido, muestra los pros y los contras, los aciertos y los fallos, aún queda mucho por recorrer, mucho por mejorar y mucho por aplicar, a todos los estamentos sociales, en todos y cada uno de los Estados a nivel mundial, ya que cuanto antes nos demos cuenta que el cambio climático además de ser real, nos

afecta a todos, antes nos podremos poner a trabajar en una política común que satisfaga a todas las partes. Porque, al fin y al cabo, una economía sostenible y una sociedad igualitaria requieren ambas de un medio ambiente en buen estado.

6. No nos cansaremos de repetir una y otra vez que el cambio climático es un problema real y perceptible por todos, en cualquier lugar del mundo, ya que planeta sólo hay uno, por tanto, ¿nos merece la pena destruirlo?, ¿el progreso debe serlo a costa de lo que haga falta?, ¿qué precio estamos dispuestos a pagar, no por nosotros sino por nuestros descendientes?; Los actos que llevemos a cabo hoy, serán los resultados de mañana, de nosotros depende decidir, si seguimos pensando a corto plazo con un desarrollo y una utilización de recursos insostenible, o si por el contrario, pensaremos a largo plazo, haciendo todo lo posible por conservar y mejorar lo que tenemos, ralentizando el avance del deterioro ambiental y logrando revertirlo, aunque la decisión deberá ser rápida, si no queremos que los resultados sean irreversibles.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, M.C., "La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 26, 2015, págs. 5 - 12.
- CIERCO SEIRA, C., "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español", *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004, págs. 73 – 126.

- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa*, Bruselas, 14 de noviembre de 2012, pág. 3.
- EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, "Climate change, impacts and vulnerability in Europe", *Report 2016*, 2017, p. 285.
- GUTIÉRREZ DUARTE, M.V., RODRÍGUEZ LÓPEZ, Á. Y GALVÁN VALLINA, J., "Objetivos y principios fundamentales de la política ambiental europea", *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*, volumen VI, 2013, pág. 46 - 56.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, "Global Warming of 1.5 °C", *Special Report*, 2018, págs. 6 – 24.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, "Climate Change 2014, Synthesis Report", *Fifth Assessment Report*, 2014, págs. 2 - 147.
- KISS, A.C., *Survey of Current Developments in International Environmental Law, IUCN Environmental Policy and Law Paper*, International Union for Conservation of Nature, Morges (Suiza), 1976, número 10, pág. 46.
- LAUDO ARBITRAL, "Trail Smelter Case (United States, Canada)", *Reports of International Arbitral Awards*, ONU, Washington, D.C. (Estados Unidos), 2006, Volumen III, pág. 1965.

- LIBISZEWSKI, S., "What is an Environmental Conflict?", *Center for Security Studies. Environment and Conflicts Project (ENCOP)*, Zúrich (Suiza), 1992, p. 14.
- LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J.C., *Administración y Legislación Ambiental adaptado al EEES*, Dykinson, Madrid (España), 2016, págs. 129 - 191.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Impactos del cambio climático en los procesos de desertificación en España*, 2016, págs. 2 - 24.
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA, *¿Hacemos los europeos un uso sostenible del agua?*, 2016.
- MORENO MOLINA, J.A., "Las nuevas directivas de la UE sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español", *Gabilex*, núm. Extraordinario, 2015, págs. 227 - 255.
- OFICINA ESPAÑOLA DE CAMBIO CLIMÁTICO, "Informe: Inclusión de la huella de carbono en las compras públicas", *Guía para la Administración*, Madrid, 2011, p. 1.
- PINTOS SANTIAGO, J., "Claves actuales para la utilización de las cláusulas medioambientales en la contratación pública", *Contratación administrativa práctica*, núm. 134, 2014 (ejemplar dedicado a la Especial contratación verde), págs. 30 - 34.
- PLAZA MARTÍN, C., *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 186. Cita a

- WASMEIER, M., "The Integration Principle of Environmental Protection as a general Rule for interpreting Community Law", *Canadian Modern Language Review*. 2001, volumen 38, págs. 159 -177.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. M., "Los tributos medioambientales en el sistema multilateral de comercio y su incidencia en la política fiscal ambiental de la Unión Europea", en *Estudios sobre fiscalidad de la energía y desarrollo sostenible* (coord. FALCÓN Y TELLA, R.), Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, págs. 141- 176.
 - RODRÍGUEZ, G.A. Y PAÉZ PAÉZ, I.A., *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia), 2012, págs. 136-139.
 - SANZ LARRUGA, F. J., "La integración europea y el principio comunitario de integración ambiental en el ordenamiento jurídico español", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Portugal, volumen 6, núm. 12, 2018, pág. 276.



DE NUEVAS CON LA LEGISLACIÓN DE SUBVENCIONES DE CASTILLA-LA MANCHA: PROPUESTAS DE REFORMA

D. Carlos-M^a. Rodríguez Sánchez

Técnico Superior JCCM

Resumen: Como continuación del artículo publicado en el nº 15 de la Revista Gabilex, se abordan en estas líneas otras reformas de las que sería susceptible la legislación de subvenciones de Castilla-La Mancha, haciendo primero unas consideraciones sobre el significado de las *“líneas de subvención”*, que no han de confundirse ni con los *“objetivos estratégicos”* ni con las *“Bases Regulatorias”*.

A renglón seguido se repasan los preceptos que regulan el procedimiento ordinario y simplificado de concurrencia competitiva y se destaca la existencia de preceptos reglamentarios que regulan trámites adicionales o distintos a los del procedimiento administrativo común que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.2 y DA 1^a, apartado 1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, deberían tener rango legal.

Por último, se hacen unas consideraciones críticas con el denominado *“procedimiento simplificado de concurrencia”* de

difícil encaje constitucional y cuyos preceptos de desarrollo, forjados en un contexto legal tan contradictorio, presentan asimismo contradicciones e incongruencias.

Palabras Clave: Subvenciones públicas, bases reguladoras, líneas de subvención, convocatorias, norma jurídica, acto administrativo, reformulación de solicitudes, modificación de solicitudes, propuesta de resolución provisional, modificación de resoluciones y procedimiento administrativo.

Abstract: As a continuation of the article published in number 15 of the Gabilex Magazine, other reforms are addressed in these lines of which the subsidy legislation of Castilla-La Mancha would be susceptible, first making some considerations about the meaning of the *"subsidy lines"*, which should not be confused with either the *"strategic objectives"* or the *"Regulatory Bases"*.

Next, the precepts that regulate the ordinary and simplified procedure of competitive competition are reviewed and the existence of regulatory precepts that regulate additional or different formalities to those of the common administrative procedure is highlighted, which, by virtue of the provisions of articles 1.2 and DA 1, section 1 of Law 39/2015, of October 1, on Common Administrative Procedure of Public Administrations, should have legal status.

Finally, some critical considerations are made with the so-called *"simplified concurrence procedure"* of difficult constitutional fit and whose development precepts, forged in such a contradictory legal context, also present contradictions and inconsistencies.

Key Words: Public subsidies, regulatory bases, subsidy lines, announcements, legal norm, administrative act, reformulation of applications, modification of applications, proposal for

provisional resolution, modification of resolutions and administrative procedure.

Sumario: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA REGULACIÓN DE LOS PLANES ESTRATÉGICOS DE SUBVENCIONES: INCONGRUENCIAS EN TORNO AL CONCEPTO DE “LÍNEA”. III.- EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN EL RSCLM. A) LA REFORMULACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS SOLICITUDES. B) LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN PROVISIONAL. C) LA MODIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN. IV.- LAS CONTRADICCIONES DEL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO DE CONCURRENCIA. A) CUESTIONES GENERALES. B) CONTENIDO Y REQUISITOS. C) REGLAS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO. V.- CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN

En el número 15 de la revista Gabilex, del tercer trimestre de 2018, se publicó mi anterior artículo sobre la legislación autonómica de subvenciones, titulado *“La reforma del Reglamento de Subvenciones de Castilla-La Mancha por el Decreto 49/2018, de 10 de julio: un análisis crítico”*, donde exponía mi personal enjuiciamiento genérico sobre la reforma del Decreto 21/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre (en lo sucesivo, RSCLM), reforma que se produjo por el Decreto 49/2018.

En su aspecto positivo citaba el hecho de que, siendo requisito necesario de la convocatoria de subvenciones la determinación de los créditos presupuestarios a los que se imputaba la

subvención y el establecimiento de su cuantía máxima o estimada y admitiéndose la posibilidad excepcional de aumentar ésta sin necesidad de una nueva convocatoria, se hubiera acotado, en consonancia con la legislación estatal, la inaceptable discrecionalidad de que antes gozaban los órganos convocantes para dicho incremento, dando así una nueva redacción a los apartados 1 y 4 del artículo 23 RSCLM. Asimismo consideraba positivo que la anterior decisión tuviera que comunicarse a la Base de Datos Nacional de Subvenciones, con anterioridad al dictado de la resolución de concesión¹.

También podía considerarse favorable la previsión de unas *"Bases reguladoras-tipo"*², a fin de facilitar la labor de los órganos gestores, al permitirles eludir el trámite del informe preceptivo de la Inspección General de Servicios que, en otro caso, sería necesario. Con respecto a esta última cuestión, sin embargo, hemos de decir que, sobradamente superados los seis meses concedidos al titular de la consejería competente en materia de hacienda para su publicación, a la fecha de conclusión de este artículo – casi dos años – la anterior obligación todavía no se ha cumplido.

Entre los aspectos negativos se distinguían, por una parte, las nuevas dudas interpretativas generadas por la regulación de las denominadas *"entregas dinerarias sin contraprestación"* o del propio concepto de *"fundación de sector público"*. Por su parte, yo entendía como *"oportunidades perdidas"* no haber aprovechado la reforma para corregir preceptos como el artículo 15 RSCLM, que prevé la posibilidad de que por

¹ El nuevo artículo 23.1 b) 3º queda redactado así: *"El nuevo importe que resulte del incremento deberá ser objeto de comunicación a la Base de Datos Nacional de Subvenciones y de publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, con anterioridad a la resolución de concesión"*.

² Previstas en la Disposición Final primera del Decreto 49/2018.

protocolo o convenio se pueda encomendar a una consejería la aprobación de las bases reguladoras para las subvenciones en las que el crédito se encuentre repartido entre varias consejerías (ignorando así la indelegabilidad de las disposiciones de carácter general prevista con carácter básico en el artículo 9.2 b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en lo sucesivo, LRJSP); o el hecho de mantener – artículo 28.5 RSCLM – en los supuestos de terminación convencional del procedimiento de concesión de subvenciones – que el acuerdo deba materializarse en los 15 días siguientes a la resolución de concesión, desconociendo que, conforme al artículo 21.1, párrafo 3º, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP), la terminación convencional de un procedimiento excluye precisamente la resolución, porque es sustitutiva de la misma. Recordemos que ambos preceptos – es decir, los arts. 15 y 28.5 RSCLM – habían sido curiosamente objeto de reformas menores por el Decreto 49/2018 sin alterar el fondo de estas prescripciones.

Como continuación del anterior artículo quisiera hacer ahora unas consideraciones sobre la regulación de otros aspectos susceptibles de ser mejorados. Empiezo acotando el concepto de *“línea de subvención”*, que está ligado a la fase de planificación y que, por tanto, no debe ser confundido con las normas y actos jurídicos de desarrollo de la actividad de fomento. Con ello intento demostrar:

1º.- Que no es técnicamente adecuado definir las *“convocatorias abiertas”* como aquellas selecciones sucesivas que se hacen en un mismo ejercicio presupuestario para una misma *“línea de subvención”*, como actualmente afirma el artículo 31.1 RSCLM, que a su vez es copia literal del artículo 59.1 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se

aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2º.- Que tanto la modificación de los objetivos estratégicos como la creación o supresión de “líneas” obligan a la modificación del PES, a pesar de que el artículo 7.4 RSCLM sólo contemple expresamente la inclusión de nuevas líneas como único supuesto de modificación.

El grueso de la crítica, sin embargo, se centra en aquellos preceptos reglamentarios que introducen trámites procedimentales no previstos en la legislación básica de procedimiento administrativo común y que, tras la entrada en vigor de la LPACAP, deberían tener rango legal. Entiendo insuficiente el argumento de que, en algún caso, constituyen reproducción de preceptos estatales, ya que, cuando dichos preceptos estatales no tienen carácter básico, no pueden servir para exonerar del deber de su inclusión en una ley autonómica, ni son admisibles los criterios de aplicación supletoria del derecho estatal. En este supuesto se encuentran, como después argumentaré, la reformulación de las solicitudes, la modificación de las solicitudes, las propuestas de resolución provisional y la modificación de resoluciones en los procedimientos ordinarios de concurrencia competitiva.

Por último, como ya se adelantaba en el artículo anterior, es necesario hacer algunas consideraciones sobre el difícil encaje constitucional que tiene el denominado “*procedimiento simplificado de concurrencia*” que, en realidad, es un procedimiento en el que resulta excluida toda concurrencia, al producirse el pago de las solicitudes por el orden temporal en el que se van recibiendo, con el límite del crédito presupuestario. Esta “*contradictio in terminis*” se extiende, lógicamente, a los propios preceptos reglamentarios que desarrollan dicho procedimiento en el RSCLM, que incurren no solo en contradicciones sino incluso en alguna significativa

divergencia regulatoria con el texto legal autonómico que los contempla.

II.- LA REGULACIÓN DE LOS PLANES ESTRATÉGICOS DE SUBVENCIONES: INCONGRUENCIAS EN TORNO AL CONCEPTO DE “LÍNEA”

La cultura de la planificación de las políticas públicas se encuentra presente en multitud de normas administrativas (urbanísticas o medioambientales, entre otras)³. En el caso concreto de las subvenciones, el legislador estatal ha impuesto la necesidad de que todas las Administraciones Públicas planifiquen aquellas que tienen previsto conceder a medio plazo.

Esta figura es la que conocemos como *Plan Estratégico de Subvenciones* (en adelante, PES) y la posibilidad de imponerla el Estado con carácter básico fue discutida en su momento por alguna Comunidad Autónoma⁴, al interpretar que constituía una

³ La propia actividad de elaboración de disposiciones generales se prevé como objeto de la planificación por las Administraciones Públicas en el artículo 132 LPACAP, con la denominación de “*Plan Anual Normativo*”. La STC 55/2018, sin embargo, respecto del Plan Anual Normativo, ha considerado inconstitucional el precepto en lo relativo a la elaboración de disposiciones con rango de ley y a su aplicación a otra Administración que no sea la Administración General del Estado.

Asímismo en materia de contratación pública se configuran criterios de planificación en el artículo 134.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, según el cual: “*Los órganos de contratación podrán publicar un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, tengan proyectado adjudicar en el plazo a que se refiere el apartado 5 del presente artículo*”.

⁴ En concreto, la Comunidad Autónoma de Aragón.

invasión a sus competencias exclusivas de autoorganización. La STC 130/2013, de 4 de junio, sin embargo, en una interpretación discutible de los títulos competenciales exclusivos del Estado, la entendió amparada tanto en el artículo 149.1.13ª CE, como en el artículo 149.1.18ª CE. En el primer caso, según el Tribunal Constitucional, los PES implican:

“...la definición por el Estado de directrices y líneas de actuación de las Administraciones públicas en el ejercicio de su potestad subvencional con la finalidad de alcanzar objetivos de la política económica general, constitucionalmente reconocidos (eficiencia del gasto público, estabilidad presupuestaria, unidad de mercado, competencia...) y encuentran, en consecuencia, un claro amparo en la competencia exclusiva que al Estado le atribuye el art. 149.1.13 CE. Conviene tener presente que el art. 149.1.13 CE no sólo atribuye al Estado una potestad de coordinación, sino también una competencia para establecer “las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector” (STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4)...”⁵.

Y respecto de la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas del artículo 149.1.18ª CE, el Tribunal Constitucional argumenta que el PES *“...orienta la actividad ad extra de las Administraciones Públicas al exigir a estas la exposición a los ciudadanos del marco general de sus políticas públicas subvencionales, y lo hace con un planteamiento genérico que no condiciona su autonomía*

⁵ FJ 9º E), párrafo 6º.

organizativa y funcional para instrumentarlas...(la de las Comunidades Autónomas, se entiende) ”⁶.

Por tanto, la regulación básica del PES se contiene en el artículo 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en lo sucesivo, LGS). Este precepto se encuentra desarrollado en el artículo 71.1 del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha (en lo sucesivo, TRLHCLM) y en los artículos 6 y 7 RSCLM.

Particularmente el artículo 7.6 RSCLM dispone que: *“Por la consejería competente en materia de hacienda se desarrollará la estructura y contenido de los PPEE, su procedimiento de elaboración, actualización y seguimiento”*. Pues bien, desarrollando este precepto se ha aprobado la Orden 164/2017, de 22 de septiembre, de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se dictan normas sobre estructura y contenido de los Planes Estratégicos de Subvenciones, así como sobre el procedimiento para su elaboración, aprobación, modificación, seguimiento y actualización (PES 2018-2020).

De la normativa anteriormente señalada nos centraremos exclusivamente en dos incongruencias que el vigente RSCLM presenta y que sería deseable corregir, respecto del concepto de *“línea de subvención”*.

Según el artículo 6.6 RSCLM el PES tiene como contenido ordinario: a) el establecimiento de los objetivos estratégicos vinculados con los objetivos establecidos en los correspondientes programas presupuestarios; y b) la determinación de las *“líneas de subvención”* en las que se

⁶ FJ 9º E), párrafo 7º.

concrete el plan de actuación. Estas últimas, a su vez, desarrollarán una serie de especificaciones a las que se refiere el precepto⁷.

El concepto de *“línea de subvención”*, por tanto, es distinguible de los meros *“objetivos estratégicos”*. Estos se expresan de manera muy genérica mientras que aquéllas han de concretar, cuando menos, aspectos tan singulares como los beneficiarios o los costes previstos de ejecución. Pero tampoco se pueden asimilar a las *“Bases Reguladoras”* (en lo sucesivo, BBRR), pues la mera determinación de unas líneas de subvención no constituye norma jurídica que legitime las diferentes convocatorias.

En efecto, el artículo 6.3 RSCLM, aunque redactado con deficiente técnica normativa, nos recuerda que *“Los planes estratégicos de subvenciones tienen carácter programático y su contenido no crea derechos y obligaciones. Su efectividad quedará, pues, condicionada a la puesta en práctica de las diferentes líneas de subvención...”*.

Obviamente en este contexto *“efectividad”* es un término confuso, pues el PES será *“efectivo”* – en el sentido de *“eficaz”* – desde el momento de su aprobación, aunque todavía no se hayan *“puesto en práctica”* sus diferentes *“líneas”*. Lo que aparentemente se quiere decir – pero no se dice – es que el carácter vinculante frente a terceros exigirá la aprobación de

⁷ Relativas a las áreas de competencia afectadas y sectores hacia los que se dirige la ayuda; los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación; el plazo necesario para su consecución; los costes previsibles para su realización y fuentes de financiación; el plan de acción; en caso de cofinanciación comunitaria, marco normativo de las subvenciones propuestas; plan de acción, incluyendo calendario de elaboración; indicación de si tiene previsto autorizar anticipos de pago y porcentaje o cuantía que representa sobre los costes previsibles; beneficiarios y sistemas de evaluación.

las correspondientes BBRR y el desarrollo de las convocatorias previstas. La existencia de una “línea” en el PES resulta, en consecuencia, el presupuesto formal para la aprobación de unas BBRR únicas o, incluso, de varias⁸, que se traducirán asimismo en únicas o múltiples convocatorias.

Por tanto el concepto de “línea” debe usarse estrictamente a efectos de planificación y no confundirlo con las BBRR o las convocatorias⁹. De ahí que resulte desacertada la acepción en que la emplea el artículo 31.1 RSCLM cuando define la “convocatoria abierta” como el “...acto administrativo por el que se acuerda de forma simultánea la realización de varios procedimientos de selección sucesivos a lo largo de un ejercicio presupuestario, para una misma línea de subvención”. Esta redacción – que coincide, por cierto, con la del artículo 59.1 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en lo sucesivo, RSAGE) – resulta criticable porque si, como hemos dicho, una misma línea puede permitir la apertura de varias órdenes de BBRR, siendo éstas el presupuesto de convocatorias distintas, no podría haber

⁸ Por ejemplo, en la memoria del vigente PES de la Consejería de Bienestar Social, en el objetivo estratégico 135 (MAYORES) existen dos líneas: la 384 para centros residenciales (que, a su vez, tiene previstas dos órdenes de bases reguladoras) y la 1304 de actuaciones y prestaciones de atención especial (con otras dos órdenes de bases reguladoras). Véase:

<https://intervencion.castillalamancha.es/transparencia-economico-financiera/planes-estrategicos-de-subvenciones>

⁹ Véase, al respecto “Guía general para la elaboración, seguimiento, control, evaluación y publicidad de los planes estratégicos de subvenciones”. IGAE. Ministerio de Hacienda” Pág. 7. En: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/PES%20-%20GU%C3%8DA%20GENERAL%20201920528.pdf>

sucesión entre ellas. Dicho de forma más simple, la adecuada redacción, a nuestro juicio, de las “convocatorias abiertas” debiera ser:

“...acto administrativo por el que se acuerda de forma simultánea la realización de varios procedimientos de selección sucesivos a lo largo de un ejercicio presupuestario, para unas mismas bases reguladoras de la subvención”¹⁰.

En segundo lugar, puesto que las “líneas” son parte constitutiva del PES, es lógico que sea necesaria su modificación, como afirma el artículo 7.4 RSCLM, si una vez aprobado éste se constatase la necesidad de crear una nueva línea. Y lo mismo hay que decir, lógicamente de cualquier afectación a los “objetivos estratégicos”. Lo que carece de sentido es la redacción de dicho precepto cuando afirma literalmente que:

“4. Si aprobado el plan estratégico, se constata la necesidad de crear una nueva línea de subvención, se procederá a la modificación del plan estratégico y la consejería correspondiente remitirá de nuevo los proyectos pertinentes a la competente en materia de hacienda con objeto de adecuar el plan estratégico a las nuevas circunstancias. Dichas

¹⁰ Corroborar, además, este hecho el artículo 59.5 RSAGE que, dentro de las modalidades de la convocatoria abierta, incluye la posibilidad trasladar a posteriores resoluciones la cantidad no aplicada en los casos en que “... a la finalización de un periodo se hayan concedido las subvenciones correspondientes y no se haya agotado el importe máximo a otorgar...”. Para que esta extensión sea posible, el primer requisito que establece la letra a) del citado precepto es que: “Deberá estar expresamente previsto en las bases reguladoras, donde se recogerán además los criterios para la asignación de los fondos no empleados entre los periodos restantes”. Luego es evidente que son las BBRR la referencia adecuada y no las “líneas” de subvención.

modificaciones serán informadas por la consejería competente en materia de hacienda con carácter previo a su aprobación.

Cualquier otra alteración sobre el plan estratégico no requerirá informe, pero deberá darse cuenta a la consejería competente en materia de hacienda”.

Pues bien, a pesar del tenor literal del párrafo segundo del apartado 4 del artículo 7 RSCLM, es evidente que también han de implicar esa misma modificación del PES tanto la supresión de sus “líneas” como, “a fortiori”, la propia modificación de sus “objetivos estratégicos”. Y, curiosamente, en una inversión del principio de jerarquía normativa, esta omisión del RSCLM se ha tratado de suplir con una norma de rango inferior, es decir, con el artículo 3.1, párrafo 2º, de la Orden 164/2017, conforme al cual:

“A efectos de esta Orden se entiende también por modificación cualquier alteración consistente en el alta o modificación de la información contenida en el PES relativa a las denominaciones de objetivos o líneas de subvención”.

Sería conveniente, por tanto, una modificación expresa del artículo 7.4 RSCLM para ajustar debidamente su redacción, de modo que no ocurra como ahora, en que un precepto de superior rango se encuentra “de facto” rectificado por otro de rango inferior.

Y una última cuestión que se desprende de lo anteriormente dicho: cuando, una “línea” tenga varias órdenes aprobatorias de BBRR, el hecho de que alguna de éstas no se “lleve a efecto” (por utilizar los discutibles términos del RSCLM) durante la vigencia del PES (mediante la correspondiente convocatoria) no comportará su modificación, sino solo su “actualización”, en los términos previstos en el artículo 7.5, párrafo 2º RSCLM. Y, a la inversa, si de forma sobrevenida se decide no convocar la

subvención correspondiente a la única orden de BBRR de la “línea” durante toda la vigencia del PES, sería razonable promover una modificación del citado instrumento planificador, pues tal decisión equivaldría, en la práctica, a la supresión de la correspondiente “línea”.

III.- EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN EL RSCLM

El procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva tiene carácter ordinario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.1 LGS que lo impone con carácter básico a todas las Administraciones Públicas¹¹. Como explica dicho precepto

“... tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios”.

En el caso de Castilla-La Mancha, el procedimiento de concurrencia competitiva se regula en el capítulo II del Título I RSCLM, entre los artículos 22 a 31 RSCLM. En estos preceptos hemos de destacar la proliferación de figuras que podrían repercutir en la variación de las condiciones que, según las BBRR y las convocatorias, podrían producirse al margen de éstas y resultar, eventualmente, contrarias al principio de libre concurrencia. Por otra parte mencionaremos trámites del procedimiento inéditos en la LPACAP o en la legislación especial

¹¹ DF 1ª LGS

de subvenciones, o incluso trámites hoy reglamentarios que exigirían norma autonómica con rango de ley. Y, por último, nos detendremos en los preceptos que dotan a la Administración concedente de un margen demasiado amplio de discrecionalidad, y cuya redacción se propone mejorar. A continuación analizamos cada uno de estos supuestos.

A) LA REFORMULACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS SOLICITUDES

A-1: El artículo 26.1 RSCLM regula la *“reformulación de las solicitudes”* en los siguientes términos:

“Cuando la subvención tenga por objeto la financiación de actividades a desarrollar por el solicitante y el importe de la subvención resultante de la propuesta de resolución provisional sea inferior al que figura en la solicitud presentada, se podrá instar del beneficiario, si así se ha previsto en las bases reguladoras, la reformulación de su solicitud para ajustar los compromisos y condiciones a la subvención otorgable.

Si el beneficiario no contesta en el plazo que la administración le ha otorgado, se mantendrá el contenido de la solicitud inicial”.

En principio no hay nada que objetar sobre el fondo de este precepto, que coincide con el artículo 27 LGS donde se concede idéntica facultad. Sin duda, el hecho de que haya subvenciones que plantean un complejo programa de actividades a realizar por el beneficiario y, por tanto, imponen a éste una heterogénea variedad de obligaciones puede verse alterado por el hecho de que la Administración decida no concederle la totalidad del importe que serviría de presupuesto para dicha realización. En estas circunstancias es razonable que se faculte al beneficiario a variar sus compromisos para ajustarlos a la nueva cantidad, si bien se trata de una expresión equívoca

porque, superada la fase procedimental de la solicitud, no cabe volver a un trámite ya precluido sino que parece más técnicamente adecuado aludir a la *“reformulación de compromisos u obligaciones”*, a la vista de que estaremos ya en una fase del procedimiento más próxima a la resolución que a la de la propia solicitud.

Desde el punto de vista formal, sin embargo, el hecho de que el artículo 27 LGS establezca un trámite procedimental inexistente en la LPACAP y no tenga carácter básico plantea, a nuestro juicio, un problema sobrevenido a las Comunidades Autónomas que lo tuvieran previsto sólo reglamentariamente – como es el caso de Castilla-La Mancha – en cuanto que esta norma reglamentaria carecería del rango suficiente para imponerlo en la legislación autonómica, a partir de la entrada en vigor de la LPACAP.

Con carácter general, el artículo 1.2 LPACAP, en efecto, advierte que: *“Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley”*.

Pero la solución es la misma si considerásemos que el procedimiento subvencional está regido por una ley especial, ya que, en este caso, tendría que ser también dicha ley especial la que previese el trámite, según el apartado 1º de la DA 1ª LPACAP. Y si la legislación estatal no lo hace respecto de la Comunidad Autónoma por no tener sus prescripciones carácter básico, tendría que ser el legislador autonómico quien lo solventara, aprobando su propia norma de rango legal.

De modo que, en nuestra opinión, el artículo 26 RSCLM ha perdido de forma sobrevenida el rango necesario para la eficacia de esta disposición. Y, por otra parte, no existe norma

de rango legal que haya recogido este específico trámite procedimental para el procedimiento de concurrencia competitiva, pues el artículo 76.3 TRLHCLM, cuando se refiere a las fuentes de este procedimiento, después de citar a la ley de procedimiento administrativo común entonces vigente (es decir, la derogada Ley 30/1992), añade que dichas normas se aplicarán *“... sin perjuicio de las especialidades que resulten de la normativa básica estatal en materia de subvenciones, del presente título o de las normas reglamentarias de desarrollo”*. La remisión legal, por tanto, se hace exclusivamente a las especialidades de la normativa estatal que tengan carácter básico y, en consecuencia, no pueden abarcar el artículo 27 LGS, que carece de esta naturaleza.

Tampoco es posible sostener que el artículo 27 LGS se aplica supletoriamente al no disponer nada el derecho autonómico de Castilla-La Mancha pues, como ya advirtió el Tribunal Constitucional *“... la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho”*¹². Y no hay, ciertamente, ninguna laguna legal en el hecho de que el legislador autonómico de Castilla-La Mancha omita toda regulación sobre la *“reformulación de solicitudes”*, al no resultar imprescindible esta figura para configurar el procedimiento de concurrencia competitiva.

A-2: Pero, además, como trámite especial exclusivamente regulado en Castilla-La Mancha, el artículo 27 RSCLM establece la denominada *“modificación de las solicitudes”*. Y lo hace en los siguientes términos:

¹² STC 118/1996, FJ 8º.

“En el caso de que la Administración, a lo largo del procedimiento de concesión, proponga la modificación de las condiciones o la forma de realización de la actividad propuesta por el solicitante, deberá recabar del beneficiario la aceptación de la subvención. Dicha aceptación se entenderá otorgada si en la propuesta de modificación quedan claramente explicitadas dichas condiciones y el beneficiario no manifiesta su oposición dentro del plazo de 15 días desde la notificación de la misma, y siempre, en todo caso, que no se dañe derecho de tercero”.

Para el legislador autonómico no es suficiente, en apariencia, la *“reformulación de solicitudes”* y a través de esta nueva figura quiere dar un margen mayor al órgano gestor para modificar las condiciones o la forma de realización de la actividad subvencionada, con una diferencia sustancial respecto de la figura prevista en el artículo 26 RSCLM, ya que la denominada *“modificación de las solicitudes”* ni siquiera tiene que estar prevista en las BBRR o en la convocatoria.

Debemos subrayar, por tanto, lo mismo que se ha dicho en el artículo precedente: la introducción de un trámite no previsto en la normativa estatal básica de procedimiento común requiere expresamente hacerlo en una norma de rango legal. Pero, además, en este caso debemos hacer la crítica adicional de que se dota de un margen de discrecionalidad excesivo al órgano gestor, que podría ir en contra del principio de libre concurrencia.

Es claro que este trámite de *“modificación de solicitudes”*, en tanto facultad administrativa que puede ejercerse *“a lo largo del procedimiento de concesión”* no se relaciona estrictamente con la fase de solicitud. Y por la misma razón tampoco es identificable con el trámite del artículo 68.3 LPACAP – la *“mejora de la solicitud”* – ya que, además, esta última se prevé exclusivamente para los procedimientos iniciados a solicitud de

los interesados, y es evidente que el procedimiento de concurrencia competitiva se inicia siempre de oficio¹³.

El precepto es incongruente en todo caso porque su título no guarda relación con su contenido. Aquél se refiere a la *“modificación de solicitud”*, cuando el texto no vuelve a hablar de modificar solicitud alguna, sino de la necesaria *“aceptación”* por el beneficiario de una propuesta administrativa de modificación de condiciones, o la forma de realizar la actividad, aceptación que podría ser tácita si aquél no manifestase su oposición en el plazo de 15 días.

Como antes señalábamos, nos preocupa la oscuridad de un artículo donde se atribuye a la Administración una potestad de modificación de condiciones o actividad del beneficiario al margen de su previsión en las BBRR o la convocatoria y, por añadidura, sin asegurarse de que el órgano concedente haya llegado a un nivel de instrucción que le permita proponer esta modificación con garantías de objetividad, lo que no puede ocurrir lógicamente en cualquier fase del procedimiento (*“...a lo largo del procedimiento...”* dice el precepto) sino, como mínimo, cuando se ha procedido a hacer una primera comparación de las solicitudes presentadas. Se trata además de una facultad inexistente en la regulación del procedimiento de concurrencia competitiva que hace RSAGE.

B) LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN PROVISIONAL

Otro de los trámites diferenciados del RSCLM para el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones, es la introducción de una *“propuesta de resolución provisional”* diferenciada netamente de la *“propuesta de resolución*

¹³ Art. 76.1 TRLHCLM

definitiva". Así lo hace, en efecto, el artículo 25.6 RSCLM, en cuyo primer párrafo se dispone literalmente:

"El órgano instructor, a la vista del expediente o del informe del órgano colegiado, y en su caso del informe general del apartado anterior, formulará la propuesta de resolución provisional debidamente motivada que deberá notificarse a los interesados, concediendo un plazo de 10 días para presentar alegaciones".

Sin necesidad de volver a insistir en el hecho de que se introduzca por vía reglamentaria un trámite como el de la *"propuesta de resolución provisional"* inexistente en el procedimiento administrativo común o especial, lo que debemos destacar aquí es la circunstancia de que parece dejarse sin contenido la propia actividad de instrucción cuando, en el artículo 25.5 RSCLM, se dispone literalmente:

"Cuando se haya previsto en las bases reguladoras que la instrucción y resolución del procedimiento corresponda en función de la cuantía solicitada, del ámbito territorial o de ambas condiciones a distintos órganos o unidades administrativas, éstos solicitarán, antes de elaborar la propuesta de resolución provisional, a quien disponga las bases reguladoras de la subvención, un informe general, preceptivo y vinculante, relativo a la valoración resultante efectuada por los instructores, o en su caso por los órganos colegiados, que habrá de emitirse en el plazo de 10 días, con la finalidad de establecer un orden de prelación general entre todas las solicitudes presentadas".

Según el precepto se trata de un supuesto que ha de ser previsto por las BBRR de la subvención que, además, han de establecer asimismo quién ha de evacuarlo. Llama la atención, sin embargo, que se tome como presupuesto *"...que la instrucción y resolución del procedimiento corresponda en función de la cuantía solicitada, del ámbito territorial o de*

ambas condiciones a distintos órganos o unidades administrativas...", porque en este tipo de procedimientos la separación entre la instrucción y la resolución parece siempre necesaria a fin de garantizar la neutralidad administrativa, que quedaría comprometida si el órgano que valora y prioriza las solicitudes es asimismo el competente para adoptar la decisión final.

En apariencia este enigmático *"informe"* es un acto administrativo de instrucción que se superpone a otros actos de instrucción *"parciales"* (y de ahí su calificación de *"general"*). Se nos ocurre, por ejemplo, el supuesto de subvenciones de ámbito regional en las que se realizan priorizaciones separadas por provincias que luego han de ser objeto de priorización general. Ello, sin embargo, sólo explicaría la referencia al *"ámbito territorial"*, pero, salvo error u omisión por nuestra parte, no alcanzamos a imaginar en qué supuestos también la *"cuantía solicitada"* de una subvención pueda servir de base a la emisión del *"informe general y vinculante"*.

Creemos, en definitiva, que debería aclararse la redacción de un precepto como este, cuya virtualidad última no es fácil de entender y, por el contrario, resulta aparentemente contrario a la eficacia y eficiencia administrativas, al justificar situaciones de pluralidad de órganos de instrucción.

C) LA MODIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Las referencias que hemos realizado con anterioridad a trámites inexistentes del procedimiento administrativo común podrían reproducirse en el caso del artículo 30 RSCLM respecto de la *"modificación de la resolución"*.

En este caso, sin embargo, parece que la insuficiencia de rango podría afectar también a la Administración General del Estado, pues aunque el trámite se regule en el artículo 64 RSAGE, no

aparece referencia alguna del mismo en la LGS. En estas circunstancias cabría plantear su eventual compatibilidad actual con lo dispuesto en la ya citada DA 1ª, apartado 1 LPACAP. Y, por extensión, la de los preceptos equivalentes autonómicos que se encuentren en idéntica situación de ausencia de cobertura legal.

IV.- LAS CONTRADICCIONES DEL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO DE CONCURRENCIA

A) CUESTIONES GENERALES

Aunque el artículo 22 LGS, de carácter básico, no admite un *"tertium genus"* de procedimientos de concesión de subvenciones, Castilla-La Mancha, al igual que otras Comunidades Autónomas, han previsto procedimientos de adjudicación que, excluyendo la concurrencia, tampoco se ajustan específicamente a los supuestos legales que permiten su otorgamiento directo¹⁴.

Se trata de procedimientos en los que se prescinde de la comparación de solicitudes que, en Castilla-La Mancha admitían originalmente dos posibilidades: la que se denominó *"de evaluación individualizada"* y otra todavía más confusa en la que se aludía a *"la mera concurrencia de una determinada situación"*. Sin embargo, con la nueva redacción del artículo 75 TRLHCLM por el apartado Dos del artículo segundo de la Ley 9/2013, de 12 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de

¹⁴ En concreto, Castilla-La Mancha parece haber tomado como referencia para este procedimiento el artículo 14.3 de la Ley 5/2015, de 25 de marzo, de Subvenciones de Aragón, en el que, con la misma denominación de *"procedimiento simplificado de concurrencia"*, se regula un procedimiento de resolución individual de las solicitudes.

Castilla-La Mancha para 2014, ambas modalidades se recondujeron a la nueva denominación de *“procedimiento de concurrencia simplificada”*, denominación que no deja de ser contradictoria, pues se alude en el artículo 75.1, párrafos 2º y 3º TRLHCLM, a una *“concurrencia simplificada”* cuando, en realidad, se está excluyendo la misma posibilidad de concurrencia, en la medida en que este procedimiento se prevé precisamente para aquellos casos en que no sea posible otra prelación entre las solicitudes que no sea la realizada con criterios estrictamente temporales.

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha tuvo que pronunciarse al menos en dos ocasiones sobre dicho procedimiento, en su Dictamen 150/2006, de 28 de septiembre (en la modificación del TRLHCLM por la Ley 9/2006, donde se introdujo por primera vez en la doble modalidad que antes señalábamos) y, más recientemente, en su Dictamen 346/2013, de 23 de octubre (donde pasó de tener la denominación actual, con la modificación del TRLHCLM por la Ley 9/2013).

Pues bien, en el Dictamen 346/2013, el órgano consultivo autonómico afirmó en su apartado V, párrafo 8º, que *“...Las dudas que el Consejo expresó sobre el encaje constitucional de la regulación que entonces se contenía en el artículo 75.2, las cuales no dieron lugar a ninguna modificación sustancial en la aprobación final de dicha disposición, se intensifican tras la doctrina que se encuentra contenida en la reciente STC 130/2013...”*.

No es, por tanto, pacífica la constitucionalidad de este procedimiento. Pero no es nuestra intención detenernos ahora en este tema porque, sea como fuere, hay que reconocer que el precepto está en vigor sin que haya sido cuestionado por el Estado y, por lo tanto, no puede negarse su aplicabilidad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Ello,

sin embargo, no es óbice para que se nos susciten determinados comentarios críticos que incluimos a continuación.

B) CONTENIDO Y REQUISITOS

La regulación del *“procedimiento simplificado de concurrencia”* la encontramos en el artículo 75.1, párrafos 2º y 3º TRLHCLM que literalmente permiten a las BBRR:

“... establecer un procedimiento simplificado de concurrencia cuando la naturaleza o características de las subvenciones no permitan el establecimiento de un plazo cerrado de presentación de solicitudes y el establecimiento de una prelación entre ellas que no sea la temporal, circunstancia que deberá quedar debidamente justificada en el expediente.”

En este procedimiento simplificado las bases reguladoras establecerán los criterios para evaluar las solicitudes y asignarles una subvención, siendo tramitadas y resueltas conforme se vayan presentando dentro del plazo previsto en la convocatoria y hasta el límite del crédito consignado en la misma”.

Una primera crítica que debe hacerse a este precepto es la contradicción que supone que el *procedimiento simplificado de concurrencia* deba ser establecido en las BBRR pero que, sin embargo, el precepto se conforme con que las circunstancias que permiten su desarrollo puedan justificarse simplemente *“en el expediente”*. Bastaría, pues, un informe en el procedimiento de elaboración de las BBRR – que, como es sabido tienen el carácter de disposición general – para que se entienda justificado el procedimiento, sin que la propia norma que ha de regir las convocatorias haga alusión alguna a dichas circunstancias.

A nuestro juicio, sin embargo, tanto las circunstancias que lo motivan como los criterios de evaluación y el propio hecho de establecer el procedimiento simplificado han de figurar en las BBRR y, de hecho, el RSCLM, ignorando de nuevo el principio de jerarquía, trata de solucionar la incongruencia legal al establecer como requisito obligatorio de las citadas BBRR en el artículo 33.2 a) RSCLM¹⁵ la *“Determinación de la aplicación, con carácter excepcional, del procedimiento simplificado de concurrencia, precisando las circunstancias que imposibilitan o dificultan el establecimiento de otros criterios objetivos de prelación entre las solicitudes que no sea el temporal”*.

Las otras dos menciones obligatorias que establecen las letras b) y c) del artículo 33.2 RSCLM parecen, en el primer caso, puramente retóricas y, en el segundo, de nuevo contradictorias.

- En efecto, según el artículo 33.2 b) RSCLM se exige a las BBRR la *“Determinación de los criterios a seguir para dirimir la prelación temporal de las solicitudes a efectos de su priorización”*. Pero este requisito no parece tener ninguna virtualidad práctica porque el artículo 75.1, párrafo 3º TRLHCLM, dispone literalmente que las solicitudes serán *“...tramitadas y resueltas conforme se vayan presentando...”*. En consecuencia, pocos criterios adicionales cabe imaginar al respecto, por mucha inventiva que el redactor de las BBRR ponga al asunto.
- Por su parte, el artículo 33.2 c) RSCLM prevé como requisito que debe figurar en las BBRR el *“Plazo máximo o fecha límite para la presentación de solicitudes, salvo*

¹⁵ El capítulo III, del Título I RSCLM, así como los dos artículos que lo integran, ha sido redactado por el apartado quince del artículo único del Decreto 49/2018, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de Desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, en materia de subvenciones, aprobado por D. 21/2008, de 5 de febrero.

que las propias bases encomienden la fijación de este plazo máximo o fecha límite a las posteriores convocatorias”. Esta exigencia, sin embargo, choca con uno de los presupuestos que justifican el procedimiento simplificado que es, precisamente, según el artículo 75.1, párrafo 2º TRLHCLM que “... la naturaleza o características de la subvenciones no permitan el establecimiento de un plazo cerrado de presentación de solicitudes...”.

Advierte el artículo 75.1, párrafo 3º TRLHCLM, que el procedimiento simplificado se desarrollará hasta el límite del crédito consignado en la convocatoria. Pero, en este sentido, el RSCLM tiene dos previsiones contradictorias.

Por un lado, el artículo 33.4 RSCLM establece que, cuando así lo prevean las BBRR, podrán atenderse, sin necesidad de nueva convocatoria, aquellas solicitudes que no hubieran podido atenderse “... por falta de consignación presupuestaria, en el supuesto en que se produjesen extinciones de las ayudas otorgadas a otros interesados por renuncia de los mismos o por incumplimiento de cualquiera de los requisitos que se especifican o cuando se aumente la dotación presupuestaria”.

Pero, por otra parte, el artículo 33.5, párrafo 2º RSCLM dispone que “Excepcionalmente, cuando lo prevea la convocatoria, la cuantía total máxima o estimada destinada a las subvenciones podrá incrementarse en los términos y condiciones previstos en el artículo 23.1 b) RSCLM. El importe que resulte de este incremento deberá ser objeto de comunicación a la Base de Datos Nacional de Subvenciones y de publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, antes de que finalice el plazo de presentación de solicitudes, sin que tal publicación implique la apertura de un nuevo plazo”.

Obsérvese, por tanto, que un supuesto sustancialmente idéntico, es decir, la posibilidad de incrementar el crédito presupuestario, en un precepto se dice que ha de estar previsto en las BBRR, mientras que, en el siguiente, se conforma con que lo establezca la convocatoria. Llama la atención que una contradicción tan notoria se contenga en dos preceptos tan próximos.

C) REGLAS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO

El RSCLM simplemente advierte que son de aplicación al procedimiento simplificado, en lo que resulte compatible con su naturaleza, las normas de procedimiento de concurrencia competitiva¹⁶.

Sin embargo una disposición tan general en realidad plantea importantes problemas de interpretación, pues los procedimientos de concurrencia competitiva se inician, según el artículo 76.5 TRLHCLM *“... a partir de la publicación de la correspondiente convocatoria, salvo que la misma posponga sus efectos a una fecha posterior”*¹⁷. Esta regla no sirve para los procedimientos simplificados donde, por lógica, el deber de resolver de la Administración no se produce ni a partir de la publicación de la convocatoria, ni tampoco en una única fecha posterior a la que la misma se remita¹⁸, porque cada solicitud irá generando un plazo nuevo, distinto y sucesivo de resolución.

¹⁶ Artículo 33.6 RSCLM.

¹⁷ La constitucionalidad de este precepto autonómico es también dudosa y habría que buscarla por la vía de la supletoriedad del derecho estatal, ya que, aunque reproduce el artículo 25.4 LGS, este precepto no tiene carácter básico.

¹⁸ Esta es la única interpretación que cabe de su dicción literal, pues no se habla de “fechas posteriores” a la convocatoria, sino a una única fecha posterior.

En estas condiciones es difícil sostener que estemos ante un procedimiento iniciado de oficio. Pero el problema es que si consideramos que se trata de procedimientos a instancia de parte resultaría también discutible que los efectos del silencio pudieran ser desestimatorios, como prevé el artículo 76.6 TRLHCLM para los procedimientos ordinarios de concurrencia competitiva. Siempre podría argumentarse que esta regla tiene cabida en tanto que se trata de procedimientos de oficio pero que *"no es compatible con la naturaleza"* de procedimientos iniciados por los interesados, en los que debería prevalecer el artículo 24 LPACAP, que precisamente sienta la regla contraria del efecto estimatorio de las resoluciones no emitidas en plazo.

V.- CONCLUSIONES

De los epígrafes expuestos podemos extractar las siguientes conclusiones:

1ª.- El concepto de *"línea de subvención"* se distingue claramente de *"objetivo estratégico"* pero no puede identificarse tampoco con las BBRR de las subvenciones, porque las *"líneas"* previstas en los Planes Estratégicos admiten la posibilidad de aprobar diversas BBRR. Por esta razón no resulta técnicamente adecuado definir las *"convocatorias abiertas"* con referencia a las *"líneas"* como hace el artículo 31.1 RSCLM, influido en este caso por el artículo 59.1 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

2ª.- A pesar del tenor literal del artículo 7.4 RSCLM, la supresión de *"líneas"* en un Plan Estratégico exige la modificación del mismo, por lo que sería deseable ajustar la redacción del precepto teniendo en cuenta esta circunstancia.

3ª.- La reformulación y la modificación de las solicitudes, las propuestas de resolución provisional y la modificación de las resoluciones previstas, respectivamente, en los artículos 26, 27, 25.6 y 30 RSCLM precisan de cobertura legal desde la entrada en vigor de la LPACAP, por tratarse de trámites adicionales del procedimiento (artículos 1.2 y DA 1ª, apartado 1 LPACAP). Esta cobertura legal falta en el TRLHCLM que, en la regulación de las normas del procedimiento de concurrencia competitiva, se remite simplemente a la legislación básica estatal sobre subvenciones.

4ª.- El procedimiento simplificado de concurrencia resulta de dudoso ajuste a la legislación estatal básica en materia de subvenciones, ya que constituye un *"tertius genus"* entre los procedimientos de concurrencia competitiva y los de adjudicación directa, en que las solicitudes se van pagando en la medida de la fecha de su presentación, sin comparación entre ellas y hasta agotar el crédito presupuestario. Por tanto, su propia denominación es contradictoria y asimismo lo son los preceptos del RSCLM que lo desarrollan. Por su parte, la remisión en bloque a las normas del procedimiento de concurrencia competitiva resulta problemática, ya que este procedimiento parece que se inicia *"a instancia de parte"* y, por lo tanto, es dudoso que a la falta de respuesta de la Administración se le pueda atribuir un efecto general desestimatorio del silencio.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA Y GENERAL

INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: "Guía general para la elaboración, seguimiento, control, evaluación y publicidad de los planes estratégicos de subvenciones". En:

<https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/PES%20-%20GU%C3%8DA%20GENERAL%20201920528.pdf>

INTERVENCIÓN GENERAL JCCM: *“Planes Estratégicos de Subvenciones 2018-2020”*. En: <https://intervencion.castillalamancha.es/transparencia-economico-financiera/planes-estrategicos-de-subvenciones>

MANTECA VALDELANDE, V: “Procedimiento de concesión de subvenciones”. *Actualidad Administrativa Aranzadi*. Nº 4. Febrero, 2007.

MANTECA VALDELANDE, V: “Régimen jurídico de las subvenciones públicas y bases de regulación”. *Actualidad Administrativa Aranzadi*. Nº 5. Marzo, 2007.

PALOMAR OLMEDA, A y GARCÉS SANAGUSTÍN, M (Coord): *“Derecho de las subvenciones y ayudas públicas”*. Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed. 2018.

LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA

D^a Lidia Valiente Castellanos

Abogada. Despacho de abogados Alarcón Ortega

Resumen: Esta investigación se centra en el estudio de la aplicación que ha tenido la pena de muerte en España a lo largo de su historia, junto con la regulación que actualmente existe a nivel interno respecto a esta materia. Se estudia también el camino abolicionista emprendido particularmente por este país. Y finalmente se valoran los problemas que supondría para un Estado totalmente abolicionista como España la reintroducción de esta pena como una sanción jurídicamente aplicable por los Tribunales de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Desde el punto de vista metodológico se han utilizado fuentes actualizadas y especializadas en la materia, así como otras monografías y obras colectivas de Derecho Penal para abordar cómo esta sanción afecta a los derechos fundamentales de la persona. En su conjunto, como puede verse en el apartado bibliográfico, se ha hecho uso de una notable variedad de fuentes y autores, lo que refleja la importancia doctrinal del tema.

Palabras Clave: Constitución, Derecho Penal, derechos de los prisioneros, derechos humanos, España, pena capital, pena de muerte, sanción penal, régimen jurídico.

Abstract: This research focuses on the study of the application that death penalty had in Spain throughout history, along with the regulation that currently exists on an internal level regarding this matter. This article also examines the abolitionist approach undertaken throughout the years, as well as the problems that the reintroduction of this penalty as a legal sanction applicable by the Courts would entail for an abolitionist state like Spain and its current legal system. Regarding the methodology, updated and specialized sources have been used, as well as other monographs and collective works about criminal law that address how this sanction affects the fundamental rights of the person. As a general approach, a remarkable variety of sources and authors has been used, evidence of the doctrinal importance of the subject.

Keywords: Constitution, Criminal Law, rights of prisoners, human rights, Spain, capital punishment, death penalty, criminal sanction, legal regime.

Sumario: 1. Introducción, 2. Antecedentes históricos, 3. El camino hacia la abolición de la pena de muerte, 4. Análisis de la regulación actual, 5. Antinomia entre la pena de muerte y el Derecho español, 5.1 Obstáculos legales, 5.2. Principios del Derecho Penal Constitucional, 5.2.1. Fines de la pena, 5.2.2. Principio de humanidad, 5.2.3. Principio de proporcionalidad, 5.3. Derechos fundamentales de la persona, 5.3.1. El derecho a la vida, 5.3.2. El derecho a la dignidad, 6. Conclusiones, 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La pena de muerte es una sanción penal que supone la privación definitiva de la vida, el bien jurídico más fundamental para el ser humano, así como la violación de otro conjunto de derechos fundamentales. Esto ha producido que muchos países como España, con larga tradición retencionista, finalmente hayan decidido emprender el camino abolicionista limitando, en primer lugar, el uso de la pena de muerte, para finalmente culminar el proceso logrando su total abolición de la legislación.

Sin embargo, el proceso abolicionista no es una tarea legislativa sencilla y en ocasiones supone problemas. Por otro lado, también debemos destacar que el uso de esta pena es una cuestión tradicionalmente polémica, de modo que incluso en aquellos Estados dónde está totalmente abolida en ocasiones surgen iniciativas populares que reclaman su reintroducción, la cual probablemente ya no sea posible realizar sin emprender una importante reforma constitucional.

Todas estas cuestiones serán puntualmente abordadas en cada uno de los apartados en los que se articula este ensayo que, además, también incluye unas conclusiones finales. En concreto; en primer lugar, se realiza una aproximación al uso histórico que se ha realizado de la pena de muerte en España; en segundo lugar, desde una perspectiva legal se estudiará el proceso abolicionista que experimentó el país en su momento; a continuación, se analizará detenidamente la regulación que rige actualmente en España sobre el uso de la pena capital, así como los problemas terminológicos e interpretativos que puede sugerir la misma; y finalmente, se explican las razones por las que la pena de muerte no encaja en el sistema penal español, introduciéndose, con ello, los

principales argumentos que actualmente sirven para vertebrar el debate en torno a la abolición de esta sanción penal.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La pena de muerte en España ha estado muy presente a lo largo de su historia ya que se ha recurrido intensamente a esta sanción por delitos de todo tipo y se ha ejecutado de diversas formas. La historia de la pena capital en España hasta su codificación no muestra diferencias sustanciales. Podemos decir que la represión penal era muy fuerte y hasta los siglos XII y XIII se aplicaba la pena de muerte a delitos como el parricidio, el aborto homicida, la traición e incendio, o el homicidio de parientes. Y sus formas de ejecución consistían en la lapidación, el despeñamiento, la crucifixión, el enterramiento en vida, así como la muerte por hambre, sed, frío o el fuego¹.

Esta situación se mantuvo sin sufrir cambios importantes hasta que finalmente con la llegada del Antiguo Régimen, las ejecuciones comenzaron a estar marcadas por un importante componente religioso, ya que muchos delitos se castigaban por considerarse pecados contra la Iglesia y se buscaba con la ejecución del reo una última alternativa para la salvación divina de su alma, a la vez de tratar de aportar un mensaje ejemplarizante y moralizante hacia el resto de la sociedad, pues la ejecución del condenado se realizaba en plazas muy concurridas, haciéndose de ella un espectáculo y normalmente este ajusticiamiento se producía tras el padecimiento de todo tipo de torturas.

¹ GARCÍA VALDÉS, C., "La pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013. págs. 235 y 236.

El panorama comenzó a cambiar hacia el S. XIX, cuando el humanismo irrumpe en la filosofía jurídico-penal de España y se pretende lograr el fin de los castigos corporales y hacer de las prisiones la gran alternativa a las penas capitales². En este contexto llega la codificación de la pena de muerte al Estado español con el Código Penal de España de 1822, inspirado en las ideas de BECCARIA y BENTHAM, que trae consigo una atenuación en la crueldad de los métodos de ejecución de la pena de muerte³, fijando el garrote⁴ como único sistema para ajusticiar a los reos. Sin embargo, la vigencia del Código Penal de 1822 duró apenas un año, pues en 1823, en España se volvió nuevamente al sistema absolutista que regía anteriormente, reinstaurándose también el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición y junto a él las modalidades de ejecución anteriores, fundamentalmente la horca⁵.

² OLIVER OLMO, P., *La pena de muerte en España*, SÍNTESIS, Madrid, 2008, págs. 21- 23.

³ El artículo 36 del C.P. de 1822 determina que el reo condenado a muerte sufrirá en todo caso la de garrote, "sin tortura ni mortificación previa a la persona". Vid. LANDROVE DÍAZ, G., "La abolición de la pena de muerte en España". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, Fascículo 1, 1981, pág. 21.

⁴ El garrote era un instrumento surgido en el siglo XVI con la Inquisición, y era utilizado como herramienta de tortura. Sin embargo, posteriormente se empleó para llevar a cabo las ejecuciones y hacer menos cruel la pena de muerte en la hoguera, ya que previamente se agarrotaba al condenado y una vez muerto por estrangulamiento se le quemaba. Vid. SUEIRO, D., *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*, Alianza Editorial, Madrid, 1974, págs. 119-141.

⁵ Op. cit., pág. 27.

Durante la denominada Década Ominosa (años 1823 a 1833), en España se multiplicaron las ejecuciones, pero también creció la oposición popular contra la justicia, por su arbitrariedad y corrupción. En contraste, aumentaba el apoyo popular al garrote por considerarlo más justo y humanizado⁶. Ante esta situación, finalmente se produjo la abolición definitiva de la horca en el año 1828, en favor del garrote (ordinario, noble o vil) como método de ejecución de las condenas capitales en España⁷.

En el año 1848 entra en vigor un nuevo Código Penal español, que elimina las distinciones en la pena de garrote resolviendo que éste (sin adjetivos) sería el único método de ejecución en la legislación ordinaria. Y como novedad, introducía una diferenciación con la legislación castrense, fijando los fusilamientos como nueva técnica de ejecución en España para los militares. De modo que la sociedad en general sería ejecutada por garrote, mientras que los militares serían fusilados.

El Código Penal español de 1870 sustituye por completo al de 1848 pero mantiene las disposiciones establecidas por éste respecto a la pena de muerte⁸. Aunque al mismo tiempo, introduce cambios importantes ya que la pena capital deja de ser una pena única para considerarse el grado máximo que se podía imponer a determinados delitos⁹. Ese mismo año

⁶ OLIVER OLMO, P., Ob. cit., pág. 30.

⁷ Este cambio en el método de ejecución de la pena capital en España se introdujo con la Real Cédula del 28 de abril de 1828, en la que se establecía que existían tres modalidades de garrote: garrote ordinario, para el pueblo llano; noble, para la nobleza; y vil, para los reos de delitos infamantes. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Ob. cit., pág. 21.

⁸ LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 21.

⁹ OLIVER OLMO, P., Ob. cit., págs. 32-35.

también se crea la Ley de Fugas que con el tiempo se ha convertido en una de las leyes más sanguinarias de la historia de España¹⁰.

Para la época del siglo XIX ya habían surgido en el país del que hablamos movimientos abolicionistas y comenzó a debatirse sobre la publicidad de las ejecuciones. Contra las que se situaban penalistas y reformadores de distintas épocas y nacionalidades, como BECCARIA, LARDIZÁBAL, ARENAL o PULIDO hasta que en el año 1900 se prohibieron los ajusticiamientos públicos en España con la “Ley Pulido”¹¹.

Con la dictadura de Primo de Rivera se produjo un endurecimiento del sistema penal mediante la aprobación del Código Penal español de 1928. Este cambio en la tendencia fue duramente criticado desde la aprobación del Código en

¹⁰ La Ley de Fugas permitía disparar y matar a los detenidos cuando se estaban fugando. Sin embargo, bajo su vigencia se han desarrollado “legalmente” todo tipo de prácticas represivas por parte de las fuerzas de seguridad contra los reos que estaban bajo su custodia, llegando incluso a asesinarlos con un disparo en la espalda, alegando después que se estaban fugando en el momento de producirse este disparo. Esta práctica se ha conocido popularmente en España como “los paseos”. Ibidem, págs. 46 y 47.

¹¹ La Ley Pulido fue aprobada el 9 de abril de 1900 y llamada de este modo en honor al Diputado a Cortes que la propuso, Ángel Pulido Fernández. El artículo único de la ley, decretaba que en adelante la pena de muerte se ejecutaría a la luz del día, mediante el garrote en el interior de las prisiones. Se izaría una bandera negra cuando el reo hubiese sido ajusticiado y se publicaría la ejecución en el Boletín Oficial de la Provincia. Para más información Vid. PULIDO FERNÁNDEZ, Á., “Proposición de Ley del Diputado a Cortes señor PULIDO, pidiendo la reforma de los artículos del Código penal relativos a la pena de muerte, al Congreso”. En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., págs. 35-39.

1928, hasta que finalmente el Colegio de Abogados de Madrid instó en 1930 la reintroducción del antiguo Código Penal español de 1870.

Finalmente, con la llegada pacífica de la Segunda República de España presenciamos la primera etapa abolicionista en este Estado. La República, de ideología liberal y progresista, elabora el nuevo Código Penal español de 1932, optando por la regeneración de los procesos judiciales, la humanización de los castigos y la abolición de la pena capital para los delitos comunes en tiempos de paz¹². Sin embargo, se produjo un aumento en la criminalidad y la sociedad, bajo una sensación generalizada de impunidad reclamaba un endurecimiento del sistema penal¹³ que llegó con la Ley de 11 de octubre de 1934, mediante la que nuevamente en España se restableció la pena capital para determinados delitos¹⁴.

Más tarde, durante la época que transcurre entre 1936 y 1939 tuvo lugar en este Estado la Guerra Civil española, pero el

¹² El Código Penal de 1932 suprime la pena de muerte para toda clase de delitos derogando los arts. 53 y 102 a 105 del Código Penal de 1870. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Ob. cit., pág. 253.

¹³ OLIVER OLMO, P., Ob. cit., págs. 99-108.

¹⁴ LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 22. "Se trataba de una medida excepcional y muy selectiva, de hecho, en principio no implicaba la modificación del Código Penal de 1932. Se pretendía castigar con mayor dureza a los malintencionados que perturbaban el orden público y aterrorizaban a las gentes o realizaban alguna venganza de carácter social." Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Ob. cit. págs. 116 y 117. Para más información: RUIZ FUNES, M., "Progresión histórica de la pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., págs. 109 y 110 y BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en los penalistas españoles de la generación intermedia". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit. pág. 166.

relato sobre los usos y funciones de la pena de muerte durante esa época es una cuestión extensa y controvertida por lo que no conviene detenerse demasiado en este punto. No obstante, podemos decir que, durante estos años, en España, la noción de la pena capital como una sanción penal perdió completamente su significado, ya no se aplicaba de manera aislada sino masiva, y así fue utilizada como un instrumento de represión y terror bélico, para eliminar en masa a enemigos políticos e imponerse militarmente al contrario. El final de la guerra supuso el inicio de la dictadura franquista, que estuvo marcado por un ambiente, de extrema coacción y miedo, en el que se practicaban ejecuciones extrajudiciales y los procesos penales carecían de las mínimas garantías legales puesto que el nuevo régimen que se impuso en España pretendía aniquilar definitivamente la República, y para hacerlo el método más utilizado fue el uso de la pena de muerte contra cualquiera que hubiese tenido responsabilidades, lealtades o adhesiones a la misma¹⁵.

El panorama cambió a partir de la década de los años 40, cuando la dictadura franquista elaboró un nuevo Código Penal para el Estado español en 1944 con el que la situación se regularizó y comenzó a normalizarse, aunque la pena de muerte continuaba estando vigente, ya que el Código Penal español de 1944 determinaba en su artículo 83 que “la pena de muerte se ejecutará en la forma precisada por los Reglamentos”, es decir, mediante garrote¹⁶. Más tarde, en

¹⁵ Para llevar a cabo esta represión de posguerra se elaboraron la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939 y la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo de 29 de marzo de 1941. Vid. OLIVER OLMO, P., Ob. cit., págs. 155-159.

¹⁶ Según el art. 58 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado mediante el Decreto de 5 de marzo de 1948. Vid. LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 22.

1956, se aprobó un nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones españoles, que restringió el uso de la pena de muerte puesto que dejó de estar prevista como pena única, y pasaba a ser el grado máximo de una sanción, además, se prohibieron las ejecuciones públicas que nuevamente venían practicándose desde el estallido de la Guerra Civil¹⁷.

A partir de la década de los años 60 la tendencia social abolicionista creció y el “caso Grimau” en España fue un punto de inflexión en el uso de la pena de muerte por la dictadura franquista¹⁸. En 1974 se produjeron las últimas ejecuciones por garrote. Y finalmente en 1975, se dictó el Decreto-Ley 10/1975¹⁹, con el que el Gobierno de España endurecería el sistema penal para tomar medidas drásticas contra la oposición política, pero ese mismo año también se produjeron los últimos fusilamientos y con ellos las últimas ejecuciones vividas por el Estado español.

3. EL CAMINO HACIA LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

La llegada de la democracia en el país al que nos referimos produjo un cambio de sentido respecto al uso de la pena capital. Y así, España se convirtió en un Estado abolicionista

¹⁷ Ibidem, págs. 22 y 23 y OLIVER OLMO, P., Ob. cit., pág. 170.

¹⁸ Vid. OLIVER OLMO, P., Ob. cit., 185-202.

¹⁹ El Decreto - Ley 10/1975, aprobado el 26 de agosto de ese mismo año, trataba sobre la prevención del terrorismo y para combatirlo establecía la pena de muerte como pena única contra el delito de terrorismo y creaba un nuevo tipo penal en el que se criminalizaba la crítica de la pena capital y la apología del abolicionismo. Vid. LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 25.

de facto, cuando el 25 de noviembre de 1975, se promulgó un indulto general con el que quedaron conmutadas todas las penas de muerte impuestas por delitos cometidos con anterioridad a dicha moratoria. Posteriormente se redactó la Constitución española de 1978 (en adelante CE) que constituye la base fundamental de toda la legislación que rige en el Estado español, y la cual, en su artículo 15 prohíbe la tortura y demás penas inhumanas o degradantes, y literalmente determina que "(...) queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra"²⁰.

En el ámbito punitivo, este hecho produce consecuencias muy trascendentes en la historia penal española ya que supone la supresión a nivel constitucional, por vez primera en el país, de la pena de muerte, y no sólo en la jurisdicción común, sino también en la militar en tiempos de paz²¹. España se convirtió con la entrada en vigor de la CE en un Estado parcialmente abolicionista de iure, pues suprimía la pena de muerte, pero mantenía la salvedad de aplicarla a delitos militares en tiempos de guerra.

El cambio de paradigma que introduce la Constitución española de 1978 determinó que fuera necesario reformar la legislación penal preconstitucional. Así, por un lado, se aprobó el Código Penal Militar de 1985, que sustituyó al Código de Justicia Militar de 1945, el cual conforme al artículo 15 CE regulaba las infracciones militares que podrían ser castigadas con la pena de muerte en tiempos de guerra, y de

²⁰ La redacción de este artículo produjo un intenso debate político tanto en el Congreso como en el Senado. Para más información referente a esta controversia. Vid. GALLEGO- DÍAZ, S. y DE LA CUADRA, B., "Una cuestión de conciencia: la abolición de la pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., págs. 401-408.

²¹ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución". *Sistema: Revista de ciencias sociales*, n. °42, 1981, pág. 51.

acuerdo a esto fijaba más de 30 delitos penados con la condena capital²². Por ello, en 1991 el Estado español tuvo que realizar una reserva al art. 2.1 del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al prever la CE la salvedad de aplicar la pena de muerte a delitos sumamente graves de carácter militar cometidos en tiempos de guerra.

Pero más tarde, tras la aprobación del Código Penal español de 1995 también se aprobó la Ley Orgánica (LO) 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, la cual resulta muy relevante para el tema que nos ocupa, pues con esta LO ya se puede considerar a España un Estado totalmente abolicionista de iure a partir del año 1995, al suprimir esta Ley definitivamente de la legislación española la pena de muerte sin excepciones. Y más tarde, en el año 1998 se eliminó también la reserva realizada al Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP²³ comentada anteriormente.

Por último, en el año 2015 se aprobó un nuevo Código Penal Militar español, que derogó al anterior de 1985 y se encuentra

²² En el Código Penal Militar de 1985 se podían castigar con la pena de muerte los siguientes delitos: traición, espionaje, sedición, rebelión, cobardía, desobediencia; delitos contra las leyes y los usos de la guerra; contra centinela, fuerza armada o policía militar que causaran lesiones graves o muerte; atentados contra la autoridad militar con iguales resultados; el maltrato de un superior delante de un enemigo, rebelde o sediciosos; los delitos contra los deberes de mando; el abandono de un servicio de armas, transmisiones o centinela; los delitos contra la integridad de un buque, aeronave militar, etc.

²³ De manera que internacionalmente quedó prohibido para España reintroducir la pena de muerte en la jurisdicción militar para los tiempos de guerra.

actualmente vigente. Este nuevo Código no contempla la pena de muerte como una sanción aplicable a delitos militares. Después, siguiendo en el año 2002 la Recomendación 1246 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, también se ratificó por parte del Estado español el Protocolo núm. 13º al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Y así, mediante estos mecanismos legales de Derecho interno e internacional, la pena de muerte quedó abolida en España tanto en la legislación ordinaria como en la legislación militar, y tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz²⁴.

4. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ACTUAL

Como es evidente, el artículo 15 CE es el centro de la regulación de la pena capital en España. Este artículo, como hemos visto, proclama la abolición legal de la pena de muerte pero lo hace de manera parcial porque elimina la pena capital en la legislación ordinaria, pero no en la legislación militar, y aunque posteriormente ha entrado en vigor la LO 11/1995, lo cierto es que la CE todavía mantiene esta redacción y plantea el primer problema, ya que la abolición en la jurisdicción militar española no está garantizada constitucionalmente.

No obstante, el texto constitucional de España establece una serie de límites para aplicar la pena capital; en primer lugar, delimita el marco formal en el que debe establecerse la previsión legislativa que la contemple, y este marco corresponde a una Ley Orgánica conforme al art. 81.1 CE; en segundo lugar, encontramos una delimitación material, pues la pena de muerte únicamente se podrá establecer mediante leyes penales militares; y por último, la Constitución española realiza una tercera delimitación de carácter temporal para permitir la aplicación de la pena capital, ya que la máxima

²⁴ Op. cit., págs. 394 y 395.

sanción sólo podrá ejecutarse legalmente en España cuando el país se encuentre en “tiempos de guerra”²⁵.

Sin embargo, a pesar de todos estos límites la disposición constitucional del art. 15 no resulta demasiado garantista, pues se trata de un precepto en blanco que nos remite a un texto extraconstitucional para fijar las conductas que pueden sancionarse con la pena capital: el Código Penal Militar español de 2015. De esta manera, el precepto en blanco del art. 15 CE obliga al ordenamiento a legalizar los posibles delitos capitales mediante Leyes Orgánicas y no mediante la propia CE. Dejando un tema tan relevante como la regulación del uso de la pena de muerte sin las garantías constitucionales que debería recibir por su importancia, ya que afecta a un derecho fundamental básico como es la vida.

Además, el art. 15 CE presenta otros problemas que pasamos a analizar brevemente a continuación.

En primer lugar, la propia Constitución incurre, en un mismo artículo, en una grave antinomia, cuando por un lado, el artículo 15 CE proclama *erga omnes* el reconocimiento del derecho a la vida y por otro lado, mantiene la posibilidad de que el Estado español pueda privar a determinadas personas de ese derecho fundamental²⁶. El derecho a la vida y la pena de muerte son claramente una contradicción en sí misma, pero ambos quedan reconocidos en un mismo artículo de la

²⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, (ed.), *La pena de muerte y su abolición en España*, Los libros de la catarata, Madrid, 1995, págs. 29 y 30.

²⁶ GARCÍA RIVAS, N., “La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º Extra 11, 1986, pág. 348 y 349.

CE. No obstante, esta grave antinomia se va a desarrollar más tarde en profundidad.

En segundo lugar, el siguiente problema aparece cuando encontramos la expresión “en tiempos de guerra” en el artículo 15 de la CE. Para entender el significado que debe atribuirse a este concepto jurídico podemos recurrir a la propia Constitución, la cual en su artículo 63.3 nos explica que estaremos “en tiempos de guerra” cuando así lo declare el Rey, previa autorización de las Cortes Generales. Sin embargo, el problema aparece cuando el Código Penal Militar de 2015, redactado posteriormente, omite el uso de la expresión “en tiempos de guerra” en todo su articulado, y en su lugar utiliza la expresión “en tiempos de conflicto armado”, como al determinar el ámbito de aplicación del propio Código en su art. 1.4.a).

Observando estos preceptos es evidente que el legislador, al redactar el Código Penal Militar de 2015, no considera la locución utilizada por la CE, sino que emplea una nueva.

Para saber qué debemos entender por “conflicto armado” podemos recurrir a numerosas disposiciones de Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), teniendo en cuenta estas disposiciones, elaboró un Dictamen en marzo de 2008 para aclarar que un “conflicto armado” es aquel en el que se enfrentan dos o más Estados recurriendo a la fuerza armada, sin tener en consideración las razones o la intensidad del enfrentamiento²⁷. Y además, añadió este Comité que no era necesaria una declaración oficial de guerra o un reconocimiento de dicha situación por las partes²⁸. De este

²⁷ Dictamen del CICR, de marzo de 2008, sobre la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario. I.1).

²⁸ Para mayor información puede consultarse el texto completo de la Disposición del CICR, disponible en:

modo nos encontramos con una situación en la que por un lado; la CE exige la existencia de una declaración formal de España para entender iniciada una guerra, mientras que por otro lado; para el Código Penal Militar de 2015 basta con la existencia de un enfrentamiento abiertamente armado entre España y uno o varios Estados, sin ser necesaria esta declaración formal del Estado.

Este problema normativo plantea la duda de si la declaración formal de guerra contenida en el precepto de la CE es una *coditio sine qua non* para considerarnos “en tiempos de guerra”, o basta con el estallido de un “conflicto armado” como establece el Código Penal Militar de 2015²⁹. La contradicción contenida en el ordenamiento convierte la locución “en tiempos de guerra” en un concepto jurídico indeterminado, lo que resulta bastante reprochable dada la inseguridad legal que producen estas disposiciones imprecisas y aún más, cuando se trata de un precepto que afecta directamente a un derecho fundamental como es la vida.

En tercer lugar, debemos mencionar que tal y como aparece redactado el artículo 15 CE, hay autores que critican la existencia de una fórmula discriminatoria en el mismo contra el cuerpo militar. Por ejemplo, GALLEGO- DÍAZ y DE LA

<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf> (consultada el 11 de enero de 2018).

Para mayor información puede consultarse el texto completo de la Disposición del CICR, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf> (consultada el 11 de enero de 2018).

²⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, (ed.), Ob. cit. págs. 22 y 23 y GARCÍA RIVAS, N., “La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar”, págs. 350-351.

CUADRA manifiestan que la Constitución establece una "*siniestra excepción*"³⁰, en este artículo que puede traducirse por "*nadie podrá ser ejecutado excepto los militares*", lo cual, supone permitir en el Estado español las ejecuciones cuando éstas se produzcan dentro del grupo de personas que ostentan la condición militar. La existencia de esta discriminación es tan reprochable desde el punto de vista ético como jurídico, pues si atendemos al art. 14 de la propia CE, éste enuncia la igualdad *erga omnes* ante la ley sin que puedan establecerse excepciones bajo ninguna circunstancia personal o social, pero al mismo tiempo en el siguiente precepto se permite el uso de la pena de muerte en tiempos de guerra contra las personas que integran las Fuerzas Armadas de España.

En cuarto lugar, nos encontramos con otro problema al intentarse justificar la aplicación de la pena capital porque el país se encuentra "en tiempos de guerra". Cuando en realidad, la guerra en sí misma, supone el fracaso del Derecho como sistema pacífico de resolución de conflictos. De manera que resulta plenamente contradictorio apoyar esta medida jurídico-penal, que justifica la aplicación de la pena de muerte por encontrarnos en una situación que precisamente lo que niega es eso, el Derecho³¹.

Y en quinto y último lugar, encontramos nuevamente un problema en el año 2002 cuando España ratifica el Protocolo núm. 13 al CEDH, el cual, a partir de entonces entra a formar parte del ordenamiento jurídico según el art. 96 CE, y contiene una disposición que prohíbe el uso de la pena capital en tiempo de guerra. Sin embargo, la Constitución española mantiene en su art. 15 la excepción a la abolición de la pena de muerte para estos casos. Observando la existencia de esta contradicción entre la propia CE y un instrumento legal de

³⁰ GALLEGO-DÍAZ, S. y DE LA CUADRA, B., Ob. cit., pág. 407.

³¹ Op. cit., 347 y 348.

carácter internacional, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 95 de la CE que exige la revisión de la Constitución española cuando se celebre un tratado internacional por parte de este Estado que contenga estipulaciones contrarias a lo establecido en la propia Constitución, se debería emprender dicha revisión de la Constitución, abriéndose la posibilidad tanto para que el Gobierno de España como cualquiera de las Cámaras de este Estado soliciten que el Tribunal Constitucional español, como máximo intérprete de la Carta Magna, se manifieste respecto a esta contrariedad vigente en el ordenamiento³².

Por lo tanto, al observar la situación actual podemos ver como la ratificación del Protocolo núm. 13 al CEDH, junto con la retirada de la reserva al Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, constituyen un bloqueo internacional para que el legislador ordinario español haga uso de la excepción mencionada en el art. 15 de la CE. No obstante, un significativo grupo de penalistas mantienen que mientras este artículo conserve la salvedad de imponer la pena de muerte en tiempos de guerra, todavía existe la posibilidad de que algún día esta previsión se pueda cumplir³³. Para evitarlo, sería imprescindible que el Parlamento español emprenda la reforma del art. 15 CE siguiendo el mecanismo establecido por el art. 168 de la propia Constitución española, con la finalidad de derogar esta excepción y así dotar de mayor coherencia a todo el ordenamiento jurídico de dicho Estado³⁴. Sin embargo, en España también existe otro sector social que

³² GARCÍA RIVAS, N., "El largo camino hacia la abolición total de la pena de muerte en España", págs. 394 y 395

³³ Vid. por ejemplo, *ibidem*, pág. 398 y LANDROVE DÍAZ, G., *Ob. cit.*, pág. 32.

³⁴ OLIVER OLMO, P., *Ob. cit.*, págs. 246-248, GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 382 y "El largo camino hacia la abolición total de la pena de muerte en España", pág. 398.

exigen la reforma constitucional pero en el sentido contrario, es decir, para llevar a cabo la reintroducción de la pena de muerte en la jurisdicción ordinaria en tiempos de paz, lo que convertiría al Estado español nuevamente en un país retencionista que aplicaría legalmente la pena capital como una sanción vigente³⁵.

2. ANTINOMIA ENTRE LA PENA DE MUERTE Y EL DERECHO ESPAÑOL

En este punto del estudio se exponen las razones por las que la pena de muerte no encaja en el sistema penal español, junto con los problemas que su reintroducción supondría para el Derecho español a pesar de que periódicamente cierto sector social reclama su reincorporación al ordenamiento del país. Sin embargo, esta vuelta al pasado que se pretende lograr con la reconversión de España en un país retencionista no es un planteamiento realista³⁶.

Actualmente, aunque la democracia española es relativamente joven, realmente hace varios años que se emprendió en España el camino de la abolición, un camino que culminó en 1978 con la aprobación de su actual Constitución y durante todo este tiempo se ha construido progresivamente un sistema legal contrario a la pena de muerte, en el que encontramos numerosos motivos de

³⁵ LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 32.

³⁶ DELMAS SAINT-HILAIRE, J. P., "¿El restablecimiento de la pena de muerte? La respuesta del Derecho Penal francés?". En CAIRO, R., La pena de muerte en el umbral del tercer milenio, EDERSA, Madrid, 1996, pág. 105.

carácter ético, técnico y jurídico que impiden la reintroducción de la pena capital en España.

5.1 Obstáculos legales

Existen numerosas disposiciones contrarias a la pena de muerte en el Derecho español vigente, por lo que si se pretendiese la reintroducción de esta sanción encontraríamos varios obstáculos legales que nos dificultarían su reincorporación en el sistema de penas del ordenamiento punitivo español.

Un primer obstáculo sería la Constitución española, ya que suponiendo que una propuesta de reintroducción consiguiese ser votada en el Parlamento de este Estado y obtuviera la mayoría necesaria para convertirse en Ley (art. 81 CE), esta Ley debería ser conforme a la Constitución, la cual, en su art. 15 no solo reconoce el derecho a la vida *erga omnes*, sino que también promulga abiertamente la abolición de la pena de muerte en la legislación ordinaria. Ante esta situación, si se quisiera reintroducir la pena capital sería necesario iniciar el mecanismo de reforma constitucional establecido por el art. 168 CE, y de este modo se podrían modificar aquellos preceptos constitucionales que resultan contrarios a la aplicación de la pena de muerte³⁷.

Sin embargo, nos encontraríamos una nueva barrera legal en los Tratados Internacionales ratificados por España contrarios a la pena capital. Fundamentalmente el Protocolo núm. 13º al CEDH, que ratificado por el Estado español en el año 2002, se opone definitivamente al uso de la pena de muerte en cualquier circunstancia, y al tener un valor supralegislativo,

³⁷ Ibidem, págs. 111 y 112.

durante su vigencia su cumplimiento se impone a la autoridad judicial (art. 96 CE). De manera que, aunque se reintrodujese la pena de muerte en el Código Penal ordinario de España mediante la aprobación de una LO y reformando la CE, cualquier condena a muerte o ejecución seguiría siendo ilegal por la vigencia en España del Protocolo 13 del CEDH.

Llegados a este punto, para convertirse en un Estado retencionista España debería denunciar el Protocolo 13 del CEDH, pero ¿acaso se puede denunciar este protocolo sin denunciar el propio CEDH? Si la respuesta es negativa surge entonces un obstáculo insalvable para la reintroducción de la pena de muerte en España, a menos que el país esté dispuesto a abandonar la Unión Europea para reintroducir la pena de muerte en su legislación ordinaria³⁸. Y aún con ello, deberíamos plantearnos una realidad muy relevante: España seguiría estando rodeada de países abolicionistas.

La relevancia de este planteamiento radica en el hecho de que los autores de los delitos capitales tendrían la posibilidad de huir a los países abolicionistas contiguos a España para evitar una posible condena a muerte en este Estado, que por su parte, podría solicitar la extradición de estos sujetos a sus Estados vecinos europeos. Sin embargo, lo más probable es que este requerimiento resultase frustrado, pues el país requerido, teniendo en cuenta su condición de Estado abolicionista, se negaría a apoyar un proceso que expondría al extraditado a la aplicación de la pena capital en España³⁹.

5.2. Principios del Derecho Penal Constitucional

Siguiendo con las razones que impiden la reintroducción de la pena de muerte en España, debemos decir que la misma

³⁸ Ibidem, pág. 112.

³⁹ Ibidem, págs. 111-114.

resulta contraria a principios generales del ordenamiento jurídico, concretamente a algunos sobre los que se basa el sistema penal español. La sociedad en su conjunto, es consciente de la necesidad de un Derecho Penal que haga posible la vida en comunidad. Según BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “se toma como punto de partida la consideración del Derecho Penal como instrumento de control social, al ser uno de los medios que se emplea para evitar la realización de comportamientos lesivos”⁴⁰. Sin embargo, este Derecho Penal no puede aplicarse de cualquiera forma ya que debe estar legitimado.

En primer lugar, el poder punitivo que subyace tras el ordenamiento penal debe provenir de una fuente legítima como es en el caso de España, una democracia parlamentaria⁴¹. Y, en segundo lugar, este poder punitivo debe ejercerse de forma determinada, es decir, siguiendo unos principios que en el sistema penal español se establecen de acuerdo a los valores del pensamiento humanista surgido en Europa occidental durante el siglo XVIII. De este modo, para lograr la legitimación del sistema penal vigente en la democracia parlamentaria española, el ordenamiento jurídico de España promulga unos principios generales del Derecho en los que debe basarse el ejercicio del poder punitivo del Estado. Estos principios son inviolables y en el Derecho Penal dotan de legalidad a las sanciones que se imponen a los ciudadanos. Cualquier pena que no se adecúe a estos

⁴⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Derechos humanos y Derecho Penal”. *Estudios penales y criminología*, n.º 11, 1986-1987, pág. 29.

⁴¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediciones Experiencia, S. L., Barcelona, 2010, pág. 5.

principios sería una pena ilegal y no podría imponerse, ya que el Estado no estaría legitimado para ello.

Sin embargo, la pena de muerte no se corresponde con algunos de los principios del Derecho Penal constitucional español, de manera que si fuese aplicada en España resultaría ser una pena ilegal. Veamos ahora en qué consisten estos principios, su importancia para el Derecho Penal de España y las razones por las que la pena capital es contraria a los mismos.

5.2.1. Fines de la pena

Todo el sistema penal se crea atendiendo a las finalidades con las que se aplican las sanciones en los sujetos que cometen los hechos delictivos. España es un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) y fija las finalidades de las penas atendiendo a los valores que subyacen a este sistema⁴².

El fin retributivo del poder punitivo ha desaparecido en sistemas penales como el español. De acuerdo a GARCÍA RIVAS, "la asignación a la pena de una función retributiva es absolutamente incompatible con el Estado social y democrático de Derecho"⁴³. En su lugar, el sistema Penal español busca la prevención del delito como finalidad de las sanciones. Puede considerarse a BECCARIA el padre de las teorías preventivas como fin de la pena⁴⁴. Gracias a autores

⁴² Ibidem, págs. 5 y 6.

⁴³ GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 353.

⁴⁴ LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., "La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno", *Revista Derecho Penal y*
209

como él, el Derecho Penal se aplica en España intentando lograr fines fuera de la propia pena, y explicando no sólo por qué se castiga, sino para qué se hace. Como se va a exponer a continuación, esta finalidad preventiva del Derecho Penal tiene dos vertientes; una de ellas es la prevención general y otra la prevención especial, la cual también está vinculada con el principio de resocialización⁴⁵.

En primer lugar, uno de los fines de las penas en el Derecho Penal español es la prevención general, la cual pretende evitar la comisión de delitos a nivel colectivo mediante la promulgación de sanciones que provoquen en los ciudadanos el temor de sufrir su aplicación. Es decir, la pena se dirige al conjunto de la sociedad para que, en el futuro, ante la amenaza de ser sancionados se abstengan de cometer el hecho delictivo por el que el Derecho Penal aplica la sanción. De este modo se busca crear en el Derecho Penal un cierto componente intimidante⁴⁶.

Al pensar en la pena de muerte podemos decir que se trata de la pena más grave que puede sufrir un sujeto, y muchos autores explican su uso advirtiendo que la pena capital es la sanción que logra con mayor éxito dotar de esa eficacia intimidante a los sistemas penales que la contemplan⁴⁷. No obstante, si profundizamos más en el tema observamos que no existe unanimidad respecto a esta idea sobre la eficacia preventivo general y disuasoria de la pena de muerte. De hecho, los estudios realizados sobre el aumento o la disminución de la criminalidad en un Estado en función del

Criminología, Vol. 37, n.º 101, julio- diciembre 2015, págs. 134 y 140 y CUNEO NASH, S., "Prisión perpetua y dignidad

⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit., págs. 25 y 26.

⁴⁶ Ibidem, págs. 26-28.

⁴⁷ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte, problema actual". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit. pág. 123.

uso o la abolición de la pena capital no ofrecen resultados definitivos⁴⁸. De esta forma no podemos afirmar que la pena de muerte tenga eficacia preventivo general ya que como dice ALONSO ÁLAMO, "sus pretendidos efectos disuasorios y de disminución de la criminalidad no han podido ser acreditados con datos empíricos concluyentes"⁴⁹.

Debemos recordar también que ya antiguamente los ajusticiamientos, lejos de producir terror y ser tomados como lecciones o correctivos, se desarrollaban como espectáculos públicos que servían, por un momento, de entretenimiento al concurrido público que acudía a presenciarlos. Según las palabras de ESLAVA GALÁN "la ejecución pública es un teatro moral cuyos protagonistas son el reo y el verdugo"⁵⁰. Por tanto, si las ejecuciones realmente producían en los ciudadanos una sensación de espanto, no parece lógico que tantas personas asistieran a contemplar cómo se desarrollaban éstas⁵¹. Teniendo en cuenta esta realidad que; por un lado, convierte en ocasiones las ejecuciones en espectáculos públicos; y que, por otro lado, no muestra un evidente aumento de la criminalidad cuando se produce la abolición de la pena capital en un Estado⁵². Muchos especialistas no dudan en afirmar que la pena de muerte no

⁴⁸ ALONSO ÁLAMO, M., "La pena de muerte como pena cruel y derecho penal del exceso". En ARROYO, L; NIETO, A; SCHABAS, W., Ob. cit., págs. 38 y 39 y LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., Ob. cit., pág. 148.

⁴⁹ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 47.

⁵⁰ ESLAVA GALÁN, J., "Un teatro para la ejecución". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. Cit, pág. 29.

⁵¹ Op. cit., pág. 48, OLIVER OLMO, P., Ob. cit., pág. 17 y BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución", págs. 39 y 40.

⁵² "Puede afirmarse que la mayor aplicación de la pena de muerte no coincide con los periodos de mayor cifra de la criminalidad". Vid. RUIZ FUNES, M., Ob. cit., pág. 95.

produce efectos intimidativos en el conjunto de la sociedad sobre la que se aplica⁵³.

Pero otros autores no sólo niegan el fracaso de la prevención general en la pena capital, sino que advierten incluso una eficacia opuesta a la intimidante. Al parecer, la pena de muerte produciría los efectos contrarios a los que se pretenden con su aplicación, ya que en lugar de lograr una disminución de los delitos por los que se aplica, lo que conseguiría es menguar en los ciudadanos su respeto por el derecho a la vida humana y aumentar su atrocidad⁵⁴. SELLIN y FALCÓN, por ejemplo, plantean esta cuestión recordándonos que algunas personas han cometido un delito capital impulsadas por su deseo de ser condenadas a muerte y así obtener a través de su ejecución un efecto glorificador que les convierta en mártires de un sistema injusto⁵⁵. Y también puede apreciarse el fracaso de la eficacia intimidante en la pena capital cuando en un Estado retencionista algunos ciudadanos se declaran culpables de delitos capitales que han cometido otros sujetos⁵⁶.

Tras todos estos planteamientos podríamos concluir diciendo que, realmente, la pena de muerte no logra los efectos preventivos generales que el Derecho Penal español busca en la aplicación de las sanciones, de manera que su imposición

⁵³ BERISTAIN IPIÑA, A., "El catolicismo ante la pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., pág. 203.

⁵⁴ Vid. DORADO MONTERO, P., "La pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., págs. 27 y 28, RADBRUCH, G., "La supresión de la pena de muerte como símbolo de la reforma del derecho penal". Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 1, 2014, pág. 254 y LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., Ob. cit., pág. 148.

⁵⁵ Vid. FALCÓN y TELLA, M. J., "Hacia un Derecho Penal más humano". Anuario de Derecho Humanos, n.º 6, 2005, pág. 257 y BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte, problema actual", pág. 129.

⁵⁶ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte, problema actual", pág. 129.

no puede justificarse por la disminución del número de delitos capitales a los que se aplica.

En segundo lugar, otro de los fines con los que se aplican las penas en el sistema punitivo de España es la prevención del delito pero de carácter especial, la cual está enfocada ya no en la colectividad en general, sino particularmente en el sujeto que ha delinquido. Dirigiéndose concretamente a él mediante la ejecución de la pena, con la finalidad de evitar que vuelva a cometer un hecho delictivo y, que, de este modo, logre vivir integrado en el conjunto de la sociedad sin recurrir nuevamente a la criminalidad⁵⁷. Es decir, dentro de la prevención especial deben distinguirse a su vez dos finalidades diferentes:

- La prevención especial en sentido negativo: que pretende lograr la inoctrinación del reo.
- La prevención especial en sentido positivo: que trata de conseguir su reinserción en la sociedad.

Según las palabras de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "la prevención especial es la finalidad plenamente coherente con el Estado social de Derecho"⁵⁸ ya que en la ejecución de la pena se buscan dos consecuencias: por un lado, se trata de lograr que el reo no cometa nuevos delitos; y por otro lado, se busca ofrecer al ciudadano las oportunidades que le han sido socialmente negadas y le han llevado probablemente a delinquir, logrando así que en el futuro se integre en la sociedad alejado definitivamente de la delincuencia⁵⁹.

⁵⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit., pág. 28.

⁵⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", Ob. Cit, pág. 44.

⁵⁹ Ibidem, pág. 45.

Por un lado, al hablar de la prevención especial en sentido negativo. Es decir, la utilización de la pena para que el sujeto que ha delinquido no vuelva a hacerlo⁶⁰, mediante su inocuización, neutralización o la eliminación del delincuente que supone un peligro para el resto de la sociedad. La pena de muerte resulta un instrumento infalible para lograr la prevención especial negativa que busca el Derecho Penal en sus sanciones⁶¹. Otros autores manifiestan que la prevención especial negativa podría justificar el uso de la pena de muerte, ya que debemos admitir que la pena capital logra inocuizar definitivamente al sujeto que ha delinquido mediante su ejecución, y de este modo, sin lugar a dudas el reo no podrá perpetrar nuevos delitos contra la comunidad libre⁶². De hecho, este planteamiento es uno de los utilizados por los defensores de la pena de muerte pues consideran que ninguna otra sanción resulta suficiente para proteger a la sociedad de los grandes criminales⁶³.

Sin embargo, esta justificación en el uso de la pena de muerte no puede ser aceptada por el sistema penal español, ya que supondría negar la utilidad de otros métodos de prevención especial negativa utilizados por el Derecho Penal de este Estado como son las prisiones⁶⁴.

Y por otro lado, no debemos olvidar que la prevención especial no sólo tiene su vertiente negativa sino que también busca lograr un efecto en sentido positivo, esto es mediante la reinserción del sujeto que ha delinquido. En este sentido, la prevención especial positiva que busca el sistema penal español en la ejecución de sus sanciones, se verá completamente frustrada al utilizar la pena de muerte.

⁶⁰ Ibidem, pág. 57.

⁶¹ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 47.

⁶² CUNEO NASH, S., Ob. cit., pág. 7

⁶³ Op. cit., pág. 38.

⁶⁴ FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit., págs. 254 y 255.

Debemos admitir que se trata de una contradicción en sí misma, ya que como nos advierten algunos autores, la ejecución de la pena capital elimina cualquier posibilidad de resocialización, rehabilitación o reinserción del delincuente en la sociedad⁶⁵.

De este modo, únicamente podríamos justificar el uso de la pena de muerte y el respeto de la finalidad preventiva especial positiva del Derecho Penal si considerásemos la existencia de sujetos cuya resocialización es imposible⁶⁶. Es decir, si admitiésemos que hay delincuentes incorregibles, delincuentes natos que por ostentar esta condición deben ser tratados como seres inferiores a los que es necesario eliminar definitivamente de la comunidad social⁶⁷.

No obstante, hay autores que consideran al ser humano un ser susceptible siempre de mejora, por lo que según este planteamiento deberíamos entender que no existen sujetos incorregibles, sino sujetos que no han sido todavía corregidos⁶⁸. Además, el hecho de renunciar a la resocialización de algunos sujetos supone un indudable paso atrás en la humanización del Derecho Penal y choca frontalmente con la principal finalidad perseguida por éste y proclamada por la CE en España; la reinserción real y efectiva de los delincuentes en la sociedad tras haber estado sometidos a un proceso Penal.

En tercer y último lugar, al hablar de las finalidades de las penas debemos centrarnos también en el principio de resocialización, que queda consagrado definitivamente como un principio general del ordenamiento jurídico-penal con el establecimiento en la CE del artículo 9.2 que determina como

⁶⁵ Op. cit.,pág. 47.

⁶⁶ Vid. op. cit., pág. 255

⁶⁷ CUNEO NASH, S., Ob. cit.,pág. 8.

⁶⁸ Vid. FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit.,pág. 252.

finalidad de la intervención de los poderes públicos lograr la real y efectiva libertad e igualdad de los ciudadanos en la participación de la vida política, económica, cultural y social. Y con la enunciación del artículo 25.2 CE, que fija como finalidad de las penas la reeducación y la reinserción social. De este modo, el Estado español tiene la obligación de construir un sistema penal en el que la ejecución de las sanciones ofrezca a los condenados, los medios y oportunidades necesarios para lograr su reinserción. Sin perjudicar, al mismo tiempo, el objetivo de prevención general que se ha expuesto anteriormente⁶⁹. Esta resocialización real y efectiva consiste en volver a hacer participe de los valores de la sociedad a aquél a quién, mediante el Derecho Penal, se ha impuesto una sanción por perpetrar los bienes jurídicos más importantes para la comunidad. Este sujeto debe volver a participar en la sociedad sin recaer en el delito, con independencia de que asuma o no los valores inherentes a la vida en comunidad⁷⁰.

En contraposición con esta concepción del Derecho Penal español, estarían aquellas teorías⁷¹ que proclaman el retribucionismo como única finalidad de las penas⁷². Sin embargo, aceptar el fin retributivo de las sanciones supone admitir la pena como una expiación a la venganza, concebir la sanción como un fin en sí misma, no buscar finalidades fuera de la propia pena.

De este modo, y centrándonos ya en la pena de muerte parece evidente que, en su aplicación, el fin retributivo del

⁶⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit., págs. 80-82.

⁷⁰ Ibidem, págs. 30 y 82.

⁷¹ Se trataría de las teorías absolutas del Derecho Penal sobre los fines de la pena, las cuales supondrían considerar la retribución del delito cometido como única finalidad de la pena. Vid. ibidem, pág. 25.

⁷² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", pág. 30.

Derecho Penal no es únicamente el principal, sino el único que se logra. Según RADBRUCH, “exigir la pena de muerte es el bramido `sangre por sangre´, el deseo de retribución, el instinto de venganza”⁷³. El retribucionismo no justifica el uso de la pena capital⁷⁴, pues como nos advierte GARCÍA RIVAS; la función retributiva del Derecho Penal se opone totalmente a los principios del Estado social y democrático de Derecho⁷⁵. Es decir, a tenor de la afirmación anterior, debemos comprender que no parece razonable ni lógico aprobar el uso de la pena de muerte en un sistema penal como el español que, al mismo tiempo, pretende defender eficazmente la finalidad de la reinserción mediante la aplicación de una pena que reeduce al sujeto⁷⁶. La concepción actual del Derecho Penal que se tiene en España implica buscar en el ejercicio del poder punitivo una utilidad tanto para la comunidad cuyos valores se han perpetrado, como para el sujeto que ha delinquido. Este doble beneficio se logra con las finalidades preventivas que; por un lado, alejan de la reincidencia al sujeto y así favorecen a la sociedad; y por otro lado, le reinsertan nuevamente en la comunidad beneficiando también al propio sujeto⁷⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, la pena de muerte para ser legal en España debería resultar útil. Sin embargo, la mayoría de autores niegan esta utilidad en la pena capital afirmando que la misma no corrige ni resocializa a nadie, simplemente elimina de la vida en comunidad al delincuente que la perturba⁷⁸, frustrando, por tanto, cualquier finalidad de

⁷³ RADBRUCH, G., Ob. cit., págs. 253

⁷⁴ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 48

⁷⁵ GARCÍA RIVAS, N., “La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar”, pág.353.

⁷⁶ RADBRUCH, G., Ob. cit., pág. 254.

⁷⁷ BERISTAIN IPIÑA, A., Ob. cit., pág. 186.

⁷⁸ Ibidem, pág 202. Vid. igualmente, FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit., pág. 257.

reinserción y dotando de ilegalidad a la pena capital conforme al planteamiento del Derecho Penal español.

5.2.2 Principio de humanidad

El principio de humanidad del Derecho Penal se comenzó a extender a partir del S. XVIII, con la influencia del pensamiento de la Ilustración⁷⁹ y este principio, junto al de la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena impuesta al delincuente (que se expone en el siguiente punto), son para algunos autores las principales aportaciones de BECCARIA en su célebre *Tratado de los delitos y de las penas*⁸⁰. La humanización del Derecho Penal tiene varias consecuencias; por un lado, se suaviza el régimen procesal y penal del reo; se produce la secularización del Derecho Penal⁸¹; y además, supone también el tránsito de una dureza y severidad extremas en el tratamiento del delincuente por el poder punitivo, hacia el humanitarismo y la sensibilización de esta relación, que está vigente en las nuevas instituciones públicas creadas por las sociedades modernas, pues tienden a impedir los abusos del poder y lograr la igualdad entre los ciudadanos⁸².

En armonía con esta idea, el Estado social y democrático de Derecho existente en España proclama en su Constitución una serie de garantías y derechos fundamentales mediante el enunciado de los arts. 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25, 71,

117, 120, 125 y 126 de la Constitución española, que vinculan directamente al Derecho Penal, limitándolo y

⁷⁹ FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit., pág. 249.

⁸⁰ Vid. LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., Ob. cit., pág. 144.

⁸¹ LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 18.

⁸² FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit., págs. 248 y 249.

humanizándolo⁸³. De manera que podemos afirmar que el Derecho Penal se humaniza cuando restringe el ejercicio del *iuspuniendi* del Estado, lo cual supone, entre otras cosas, la exigencia al poder punitivo de actuar bajo el principio de intervención mínima, primando en la aplicación de las penas el interés individual del reo sobre el interés colectivo de la comunidad. En virtud de este planteamiento, el principio de humanidad supondría para el Derecho Penal la eliminación de aquellas sanciones que traten al delincuente como no-hombre en beneficio de la sociedad. Este sería el caso de la pena de muerte, ya que la misma supone la ejecución de un individuo para proteger y resarcir de su criminalidad al resto de la comunidad⁸⁴.

Para algunos autores la humanización del Derecho Penal se ha manifestado en muchas sociedades contemporáneas con la supresión o restricción de la pena capital en sus legislaciones⁸⁵. Pues de este modo se consigue limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, en favor del respeto por los derechos individuales de los ciudadanos que están sometidos a un proceso penal. Este sería el caso de la legislación española, que mediante el art. 15 CE y el art. 3 del CEDH proclama explícitamente la prohibición de someter a cualquier persona a aquellas penas que resulten inhumanas o degradantes⁸⁶, por lo que no parecería lógico que, al mismo tiempo, el sistema penal aplicase una sanción como la pena de muerte, que ha sido considerada inhumana por varios autores⁸⁷.

⁸³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", págs. 37, 38, 45 y 46.

⁸⁴ CUNEO NASH, S., Ob. cit., págs. 3 y 10.

⁸⁵ Ibidem, pág. 1.

⁸⁶ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 45.

⁸⁷ Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., Ob. cit., pág. 188.

Esta sanción se estima inhumana por dos razones fundamentales; en primer lugar, ya que los errores judiciales son irremediables, la Constitución española exige que sus daños se reparen (art. 121 CE), no obstante jamás podría repararse a un eventual perjudicado si éste ha sido condenado a pena de muerte⁸⁸, pues con su ejecución nos encontraríamos ante lo que RADBRUCH ha llamado un “asesinato judicial”⁸⁹; y en segundo lugar, hay quienes juzgan la pena capital como una sanción inhumana porque su uso supone admitir la existencia de la figura del verdugo⁹⁰. Por ello, podemos concluir diciendo que la pena de muerte resulta injustificable dentro del ordenamiento jurídico de España ya que, considerando todo lo anterior, contradice el principio de humanidad que deben cumplir las sanciones impuestas por el Derecho Penal español.

5.2.3 Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad de las penas es una conquista histórica en la progresiva humanización del ordenamiento punitivo: *“constituye un precipitado inmediato de la consideración del Estado como democrático”*⁹¹. Este principio general se ha reclamado en la aplicación del Derecho Penal desde la Ilustración y la Revolución Francesa, de la cual surgió la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 8 determinaba que *“la ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias”*.

⁸⁸ Op. cit., págs. 39 y 43 y BARBERO SANTOS, M., “La pena de muerte, problema actual”, pág. 139.

⁸⁹ RADBRUCH, G., Ob. cit., pág. 254.

⁹⁰ BARBERO SANTOS, M., “La pena de muerte en la Constitución”, pág. 39 y “La pena de muerte, problema actual”, págs. 142 y 143.

⁹¹ GARCÍA RIVAS, N., “La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar”, pág. 353.

También el ordenamiento jurídico español lo exige en el art. 9.3. CE al proclamar la "*interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*", ya que, de este modo, cuando se produzca una intervención de los poderes públicos en los derechos de los ciudadanos, esta intervención deberá ser siempre necesaria, adecuada, y proporcional⁹².

Podemos entender que una intervención del Estado sobre nuestros derechos se produce cuando éste ejerce su poder punitivo, para castigar mediante el Derecho Penal aquellas conductas que constituyen un tipo delictivo, y consecuentemente llevan aparejada la imposición de una sanción que afecta directamente a nuestros propios derechos. Pues bien, esta intromisión del Estado en nuestros bienes jurídicos sólo resultará legal y legítima si es proporcional al delito que hemos cometido y para determinar su proporcionalidad deberemos valorar también la necesidad y adecuación de dicha intromisión, además de la proporcionalidad en sentido estricto entre el delito cometido y la pena que se impone⁹³.

En primer lugar, dentro del principio de proporcionalidad debemos valorar la necesidad de las penas pues ya BECCARIA advertía en su *Tratado de los delitos y de las penas* que "*toda pena que no se deriva de una absoluta necesidad es tiránica*". La discusión sobre la necesidad de la pena de muerte se inició en occidente, durante la transición de los Estados teocráticos del Antiguo Régimen a las democracias modernas de la actualidad⁹⁴. Y aunque hoy en día este debate sigue abierto en muchos países, la opinión mayoritaria defiende que la pena de muerte no es una sanción necesaria.

⁹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit., pág. 69.

⁹³ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit. pág. 49

⁹⁴ Ibidem, pág. 38.

La realidad nos muestra que los Estados que han eliminado la pena de muerte de su jurisdicción hacen de las prisiones la gran alternativa a la pena capital, y utilizan la privación de libertad como la sanción impuesta contra los delitos más graves⁹⁵. Si nos fijamos podemos observar que la pena capital es una sanción aplicada fundamentalmente en Estados con inestabilidad política (Siria), conflictos bélicos activos (Afganistán), regímenes autoritarios (Corea del Norte), etc. De manera que fundamentalmente son las condiciones sociales y políticas de un país las que crean la "necesidad" de recurrir a la pena de muerte para mantener el orden público⁹⁶. Como indica ALONSO ÁLAMO, *"la discusión sobre la necesidad de la pena de muerte tiene una incuestionable significación política"*⁹⁷.

Pero entonces, ¿se necesita en España realmente la pena de muerte? La respuesta es negativa. España es un Estado social y democrático de Derecho, con estabilidad política, en el que se consigue mantener el orden público sin recurrir a las ejecuciones. El Estado español dispone de otras penas consideradas muy graves para combatir los delitos que atentan contra los bienes jurídicos más protegidos, y no está acreditado que la pena de muerte sea adecuada ni idónea para lograr tal protección⁹⁸. Por esta razón, cualquier uso de la pena capital en España debería ser considerado como desproporcional por no resultar realmente necesario y en consecuencia sería ilegal.

En segundo lugar, al valorar la proporcionalidad de las penas también se debe valorar su adecuación. Esto supone para el

⁹⁵ Ibidem, pág. 38.

⁹⁶ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución", págs. 32 y 33.

⁹⁷ Op. cit., pág. 38.

⁹⁸ Ibidem, pág. 49

Derecho Penal la obligación de imponer aquellas sanciones que; cualitativamente, resulten convenientes para lograr el fin por el que se aplican; y cuantitativamente, la intervención punitiva no sea excesivamente gravosa para el sujeto al que se impone. Sobre la adecuación cualitativa ya se ha hablado anteriormente al explicar qué fines persigue el Derecho Penal español con la imposición de las penas. Este apartado, sin embargo, se centra en la adecuación cuantitativa de las sanciones, es decir, en valorar su intensidad para que éstas no resulten desproporcionadas. Y por ello se deben seguir una serie de pautas en su imposición:

- En primer lugar; el Derecho Penal actuará como *ultima ratio*, es decir, interviniendo únicamente cuando el resto de ramas del ordenamiento resulten insuficientes para proteger ciertos bienes jurídicos.
- En segundo lugar; se deberá establecer una relación de valores entre el delito causado y la pena a imponer, puesto que sólo contra los delitos más graves corresponderá imponer las sanciones más graves.
- Y finalmente; cuando el Estado afecte los bienes jurídicos propios del individuo mediante la ejecución de la sanción impuesta, esta afectación deberá hacerse bajo el principio de intervención mínima, es decir, garantizando al sujeto sancionado el disfrute pleno de aquellos derechos y libertades que no han quedado condicionados por la pena impuesta⁹⁹.

Resulta difícil entender una sanción como la pena de muerte dentro de un sistema jurídico que concibe el Derecho Penal de esta forma, ya que al hablar sobre la pena capital,

⁹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit. págs. 72-74.

observamos que en este caso lo que se está produciendo es una intromisión del Estado que priva definitivamente al sujeto condenado del bien jurídico de la vida. Podemos decir sin lugar a dudas que se trata de la mayor intrusión que un sujeto puede sufrir, porque con ella se afecta al mayor derecho que un individuo ostenta, su derecho a la vida.

Este tipo de intromisión del poder punitivo en la esfera de bienes jurídicos privados del condenado no puede ser calificada nunca como una intervención mínima. Del mismo modo que tampoco se puede garantizar al ejecutado el pleno disfrute del resto de derechos y libertades como exige el Derecho Penal, porque con la ejecución de la pena de muerte se agotan todos los derechos y libertades del condenado. Es una sanción que, en el momento de imponerse, acaba por completo, y de manera definitiva con los bienes jurídicos que configuran la esfera privada del sujeto al que se aplica. Por eso nunca debe considerarse una intervención mínima del poder punitivo del Estado, sino que debe observarse como una sanción excesivamente gravosa para quien se impone¹⁰⁰.

Y entendiendo el Derecho Penal de España como actualmente se entiende, no puede incluirse una pena de este tipo en el sistema de penas de este Estado, porque no puede ejecutarse a alguien bajo el principio de intervención mínima que exige el Derecho Penal español, y por lo tanto, en España, debe considerarse una sanción desproporcionada e ilegal.

Y finalmente, al valorar la proporcionalidad de una pena debemos centrarnos en su proporcionalidad en sentido estricto, lo que implica establecer una relación de valores para que exista proporción entre la gravedad de la afectación al bien jurídico que se pretende proteger, y la gravedad de la sanción impuesta al sujeto que ha afectado el bien jurídico protegido por el Derecho Penal. De manera que cuando el

¹⁰⁰ Op. cit., págs. 48-50.

Derecho Penal español castigue a un individuo con la imposición de una pena, esta pena deberá graduarse, ya que atendiendo al principio de proporcionalidad no se puede sancionar del mismo modo una puesta en peligro del bien jurídico que su afectación parcial o total, y la graduación de la pena se realizará atendiendo a la gravedad del injusto y la culpabilidad del sujeto, todo ello con la finalidad de crear límites en las sanciones para corregir sus excesos y evitar penas que resulten demasiado gravosas para el individuo condenado¹⁰¹.

La novedad de los Estados sociales y democráticos de Derecho como España es que la proporcionalidad exigida a los sistemas penales de estos países tiene un sentido garantista, es decir, el Derecho Penal debe determinar los grados máximos en los que se puede imponer una pena, pero por el contrario no debe definir los grados mínimos irreductibles a los que se puede atenuar una sanción¹⁰². Sin embargo, como es evidente la pena de muerte es una sanción que afecta directamente a la vida del sujeto condenado, y ésta no es un bien jurídico graduable, ya que por su propia naturaleza no puede sufrir atenuaciones parciales como otros derechos (propiedad, libertad...) ¹⁰³. Esto nos debe llevar a entender la pena capital como una sanción que no puede someterse a aquellas limitaciones que sirven para corregir los excesos del ordenamiento punitivo¹⁰⁴, y al no poder ejecutar la pena de muerte dentro de un límite, su uso en España siempre resultará excesivo para el sujeto al que se aplica. Por esta razón, se debe entender la pena capital como una

¹⁰¹ Ibidem, págs. 47 y 49.

¹⁰² Op. cit., pág. 77.

¹⁰³ GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 354.

¹⁰⁴ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 47.

sanción que no cumple con el principio de proporcionalidad en sentido estricto y que, por lo tanto, es ilegal.

5.3 Derechos fundamentales de la persona

Finalmente, concluimos este apartado explicando las últimas razones por las que una sanción como la pena de muerte no resulta admisible en el sistema penal español. Y esto es, porque vulnera directamente dos derechos fundamentales de su ordenamiento jurídico: el derecho a la vida y la dignidad de la persona¹⁰⁵.

5.3.1 El derecho a la vida

La vida es inherente al ser humano, es un valor supremo cuyo respeto debe imponerse en cualquier circunstancia¹⁰⁶. El derecho a la vida, por tanto, es el derecho más elemental y valioso del que disponen los hombres, ya que sin el reconocimiento y la protección incondicional del derecho a la vida ningún otro derecho estaría totalmente reconocido ni protegido. Por esta razón, la Carta Magna de España proclama explícitamente *erga omnes* el derecho a la vida en su artículo 15 CE¹⁰⁷. Consagrándolo así como un derecho fundamental, un bien jurídico ingraduable que se protege completamente mediante el reconocimiento, al mismo tiempo, del derecho a la integridad física y la integridad moral, y la prohibición de la pena de muerte junto con todas aquellas penas o tratos que resulten inhumanos o degraden

¹⁰⁵ Ibidem, pág. 50

¹⁰⁶ DELMAS SAINT-HILAIRE, J. P., Ob. cit., pág. 110.

¹⁰⁷ GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 349.

la dignidad de la persona¹⁰⁸. Por ello, resulta incomprensible que al mismo tiempo, la Constitución española en su art. 15 también contemple una excepción a la abolición para las leyes penales militares en tiempos de guerra, de la que ya se ha hablado anteriormente, ya que el derecho de un sujeto a la vida y el derecho de un Estado a utilizar la pena de muerte son una grave contradicción en sí misma.

Teniendo en cuenta el derecho a la vida *erga omnes* que proclama la CE en su art. 15, no parece lógico reintroducir la pena de muerte en la legislación común y negar este derecho a aquellos individuos que hayan cometido un delito para el que el sistema penal de España contemple la pena capital como una sanción aplicable. En consonancia con la protección al derecho a la vida que proclama la CE, una sanción como la pena de muerte no tiene cabida dentro del ordenamiento jurídico español¹⁰⁹, porque el uso de la pena capital supone reducir la vida humana a *nuda vida*, es una negación del derecho más importante que el hombre posee¹¹⁰, constituye una privación definitiva e irreversible del bien jurídico más elemental para un sujeto, su derecho a la vida.

5.3.2 El derecho a la dignidad

La dignidad de las personas está reconocida en el artículo 10.1 de la CE, como un derecho inherente e inviolable que

¹⁰⁸ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución", pág. 52.

¹⁰⁹ DELMAS SAINT-HILAIRE, J. P., Ob. cit., pág. 110.

¹¹⁰ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución", págs. 42 y 43.

fundamenta el orden político del Estado¹¹¹. El reconocimiento constitucional de la dignidad, limita el poder punitivo del Estado porque supone para el Derecho Penal la obligación de tratar a los delincuentes como sujetos que ostentan bienes jurídicos inviolables, profesarles un trato humanizado, considerarlos un fin en sí mismos¹¹² y reconocer la igualdad entre las personas, lo que significa, entre otras cosas, que para el poder punitivo nadie es más digno que nadie y, por tanto, debemos ver en el delincuente a un semejante que, a la hora de ser sancionado por el Derecho Penal debe ser tratado como sujeto de dignidad al igual que el resto de individuos que componen la sociedad libre¹¹³.

Teniendo en cuenta esta concepción liberal del Derecho Penal, varios autores¹¹⁴ afirman que sería incompatible para el ordenamiento jurídico de España reconocer la dignidad de las personas y, al mismo tiempo, permitir la aplicación de una sanción como la pena de muerte ya que, en sí misma, supondría una vulneración de este derecho. BERISTAIN IPIÑA por ejemplo, nos explica que para considerar digna una pena, ésta debe rechazar la venganza y la crueldad, debe excluir siempre toda atrocidad e inhumanidad, y por lo tanto lo más lógico es que para respetar la dignidad de los delincuentes, las sanciones aplicadas por el Derecho Penal del Estado español supriman cualquier tipo de tortura o castigo corporal, lo cual no se produce en la ejecución del individuo¹¹⁵.

¹¹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", pág. 33.

¹¹² CUNEO NASH, S., Ob. cit., pág. 11.

¹¹³ Ibidem, págs. 11 y 18.

¹¹⁴ Vid. GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 349 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", págs. 37 y 38.

¹¹⁵ BERISTAIN IPIÑA, A., Ob. cit., págs. 188, 190 y 200.

Otros autores afirman directamente que la pena de muerte vulnera la dignidad de las personas, ya que resulta inhumana, cruel y degradante¹¹⁶ por varias razones; en primer lugar, el uso de esta sanción supone la instrumentalización del reo¹¹⁷, sin embargo reconocer el derecho a la dignidad de las personas implica tratar al delincuente como un fin en sí mismo; y en segundo lugar, debe considerarse una pena cruel porque ninguno de los métodos utilizados, hasta el momento, garantiza una muerte rápida y limpia, libre de padecimientos dolorosos y prolongados para el sujeto que se ejecuta¹¹⁸. De este modo debemos entender que la aplicación de la pena de muerte vulnera el derecho a la dignidad proclamado por el art. 10.1 de la Constitución española, y por lo tanto, en España no se puede limitar el reconocimiento de un derecho fundamental al grupo de la sociedad compuesto por aquellas personas que no han cometido delitos capitales¹¹⁹.

6. CONCLUSIONES

La investigación realizada a lo largo de este ensayo sobre la pena de muerte en España nos permite obtener diversas conclusiones respecto al tema.

¹¹⁶ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., págs. 42-45.

¹¹⁷ La pena de muerte instrumentaliza, sin más, al sujeto que la sufre porque le trata como un medio para lograr el fin de prevención general que busca el Derecho Penal en la aplicación de sus sanciones, y no pretende lograr ningún fin en el propio reo como la reeducación o resocialización de éste.

¹¹⁸ Recordemos que "experiencias recientes en Estados Unidos muestran la terrible crueldad de ejecuciones que se prolongan durante más de media hora. Poco importa que falte el «deseo» de torturar o producir padecimientos innecesarios. Estos se producen a pesar del recurso a métodos y procedimientos cada vez más sofisticados". Op. cit. pág. 44.

¹¹⁹ CUNEO NASH, S., Ob. cit. págs. 1 y 7.

En primer lugar, al estudiar la historia de la pena de muerte en España podemos decir que se trata de un país con una larga historia retencionista, que ha buscado en el uso de la pena de muerte diversas finalidades de contenido fundamentalmente represivo, pero también religioso en el Antiguo Régimen, así como un instrumento de terror bélico durante la Guerra Civil, hasta que en el pasado siglo XX el Estado español decidió emprender el camino hacia la abolición de esta sanción.

Por otro lado, la regulación actual de España nos muestra que el país es un Estado totalmente abolicionista de iure, pues ha eliminado la pena de muerte de su legislación mediante mecanismos legales de carácter interno con su propia Constitución y la LO 11/1995, así como mediante mecanismos de carácter internacional con la ratificación del Protocolo núm. 13 al CEDH y el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP. No obstante, la Constitución española contempla una salvedad en su art. 15 que permite aplicar la pena capital por delitos militares en tiempos de guerra, y aunque actualmente dicha excepción está derogada, el texto constitucional no ha sido modificado y su redacción podría plantear problemas. Podemos advertir, por tanto, que sería necesario para dicho Estado emprender el mecanismo de reforma constitucional establecido en el art. 168 CE para eliminar la salvedad contenida en el art. 15 CE, y así dotar de mayor armonía a todo el ordenamiento jurídico del Estado español.

Finalmente, las investigaciones realizadas sobre el estudio del sistema penal español han evidenciado que la reintroducción de la pena de muerte en su legislación ordinaria no es posible porque actualmente encontramos numerosos obstáculos legales que lo impiden. Y, además, la misma resulta contraria a varios principios del Derecho Penal constitucional, y vulnera algunos derechos fundamentales de la persona. Por lo que, aunque se reintrodujese la pena capital en el ordenamiento jurídico español, su aplicación seguiría siendo ilegal de

acuerdo con los principios constitucionales que sostienen al Estado social y democrático de Derecho en el que se constituye España.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO ÁLAMO, M., "La pena de muerte como pena cruel y derecho penal del exceso". En ARROYO, L; NIETO, A; SCHABAS, W., *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (ed.), *La pena de muerte y su abolición en España*, Los libros de la catarata, Madrid, 1995.
- BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución". *Sistema: Revista de ciencias sociales*, nº 42, 1981, págs. 31-56.
- "La pena de muerte en los penalistas españoles de la generación intermedia". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.
- "La pena de muerte, problema actual". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal".

Estudios penales y criminología, n.º 11, 1986-1987, págs. 28-60.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediciones Experiencia, S. L., Barcelona, 2010.

- BERISTAIN IPIÑA, A., "El catolicismo ante la pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- CUNEO NASH, S., "Prisión perpetua y dignidad humana: Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras". *Política Criminal: Revista Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 21, 2016, págs. 1-20.

- DELMAS SAINT-HILAIRE, J. P., "¿El restablecimiento de la pena de muerte? La respuesta del Derecho Penal francés". En CAIRO, R., *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio*, EDESA, Madrid, 1996.

- DORADO MONTERO, P., "La pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- ESLAVA GALÁN, J., "Un teatro para la ejecución". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- FALCÓN y TELLA, M. J., "Hacia un Derecho Penal más humano". *Anuario de Derecho Humanos*, n.º 6, 2005, págs.

247-270.

- GALLEGO–DÍAZ, S. y DE LA CUADRA, B., "Una cuestión de conciencia: la abolición de la pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles*

sobre la pena de muerte, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- GARCÍA RIVAS, N., "El largo camino hacia la abolición total de la pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º Extra 11, 1986, págs. 347-354.

- GARCÍA VALDÉS, C., "La pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- LANDROVE DÍAZ, G., "La abolición de la pena de muerte en España". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, Fascículo 1, 1981, págs. 17-32.

- LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., "La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno". *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 37, n.º 101, julio-diciembre 2015, págs. 133-151.

- OLIVER OLMO, P., *La pena de muerte en España*, SÍNTESIS,

Madrid, 2008.

- PULIDO FERNÁNDEZ, Á., "Proposición de Ley del Diputado a Cortes señor PULIDO, pidiendo la reforma de los artículos del Código penal relativos a la pena de muerte, al Congreso". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- RADBRUCH, G., "La supresión de la pena de muerte como símbolo de la reforma del derecho penal". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, 2014, págs. 253-255.

- RUIZ FUNES, M., "Progresión histórica de la pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- SUEIRO, D., *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*, Alianza Editorial, Madrid, 1974.



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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL DERECHO A LA CULTURA Y LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Maniatis

Ex docente de Derecho
Universidad de Castilla - La Mancha

Resumen: El derecho a la cultura hace parte de la segunda generación de derechos fundamentales. De sobra, el derecho a la propiedad privada ha sido el sustituto constitucional del derecho genérico a la cultura y esencialmente, luego, contribuyó a la consagración del derecho cultural específico al mecenazgo. Además, retrasos y controversias intensas son frecuentemente asociados a la construcción de complejos modernos culturales y a la renovación de Óperas europeas. Pese al hecho de que la directiva 24/2014/UE sobre contratación pública no contiene alguna previsión en materia de contratación de patrocinio pasivo, el nuevo Código italiano de contratación pública, de 2016, ha introducido

importantes innovaciones en el tema, aunque incluye esta contratación entre los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la disciplina europea y nacional sobre la contratación pública. Resulta del fiasco de la colaboración público-privada en el museo de Versalles que el patrimonio debe aproximarse con mucho cuidado. En todo caso, el patrocinio público, activo y pasivo, merecería una normativa especial.

Palabras Clave: Contratación pública; Colaboración público-privada; Derecho fundamental a la cultura; Patrocinio; Propiedad; Óperas

Abstract: The right to culture belongs to the second generation of fundamental rights. Besides, the right to private property has been a constitutional substitute of the generic right to culture and essentially, afterwards, contributed to the consecration of the specific cultural right to sponsorship. In addition, delays and controversies are frequently associated with the construction of modern cultural complexes and the renovation of European operas. In spite of the fact that directive 24/2014/EU on public procurement has no provisions on passive sponsorship contracts, the new Italian Code on public procurement, of 2016, has introduced important innovations on the matter, although it includes passive sponsorship contracting among the contracts excluded from the field of application of the European Union and national discipline on public procurement. It results from the fiasco consisting in the public - private partnership in the museum of Versailles that heritage should be approached in a very attentive way. Anyway, public

sponsorship, both active and passive, would deserve a specific normativity.

KEY WORDS: Public procurement; Public-Private Partnership; Fundamental right to culture; Operas; Property; Sponsorship

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DERECHOS A LA PROPIEDAD Y A LA CULTURA. III. LOS DERECHOS A LA CULTURA Y AL MEDIO AMBIENTE. IV. EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN LAS OBRAS DE CULTURA. V. EL DERECHO CULTURAL AL MECENAZGO VI. LA CONTRATACIÓN DE PATROCINIO PÚBLICO, ACTIVO O PASIVO VII. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA CULTURAL EN FRANCIA. VIII. A MODO DE CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La cultura constituye un derecho de cada persona, en el derecho constitucional. Sin embargo, está en el campo más amplio del derecho público dado que tiene también la naturaleza de un servicio público más o menos especializado. Por lo general, la noción del servicio público, como señalado por el Tribunal Constitucional español, no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina – con detractores y valedores – o sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con

finalidades también distintas¹. Hay un enfoque conceptual, que consiste en el criterio objetivo (actividad) y en el criterio subjetivo (organismo público). La idea básica que estableció la sentencia Romieu de 6 de febrero de 1903, coincidente con la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y la doctrina más autorizada, es que el servicio público existe con un régimen jurídico especial dentro del derecho público, absolutamente alejado del derecho privado.

Cabe analizar el derecho a la cultura, particularmente en combinación con la herramienta de varios tipos de contratos del sector público. Más precisamente, el presente análisis focaliza en los derechos a la propiedad privada y a la cultura. Enseguida, se trata de examinar el derecho a la cultura y el derecho al medio ambiente. Después, se presentan algunos casos de experiencia internacional en las obras de cultura y también el derecho cultural al mecenazgo. De sobra, en este marco se hace una aproximación a la contratación de patrocinio público, activo o pasivo. Finalmente, se presenta un caso particular de contratación pública, consistente en la colaboración público-privada cultural en Francia.

¹ FEIJÓO REY, M. J. y PIMENTEL SILES, M., (Editores), *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Almuzara 2017, pp. 73, 74.

II. LOS DERECHOS A LA PROPIEDAD Y A LA CULTURA

Los bienes culturales no gozaban de una protección comparable a la que tienen hoy, en el pasado distante². Cabe añadir que el derecho a la cultura no hace parte de los derechos clásicos, es decir de aquellos de la primera generación en la historia de consagración de los derechos constitucionales. La generación inicial concibió el modelo de los “derechos del hombre”, basado en un acercamiento a ciertos derechos universales en correspondencia a la naturaleza. Algunos derechos clásicos han sido ratificados por el movimiento de derechos humanos, como los derechos a la vida y a la libertad, mientras otros han sido reconocidos, pero de modo ambivalente o insuficiente, como el derecho a la propiedad.

El derecho civil al dominio ha sido fortalecido paralelamente, a través de su incorporación en las Constituciones y en los Códigos civiles; el derecho constitucional y el derecho civil adquirieron en el siglo XIX sus primeros “códigos”, teniendo el denominador común de la propiedad de las cosas. Sin embargo, las Constituciones no han incluido, al menos explícitamente, un reconocimiento de los derechos similares a la propiedad intelectual, los cuales recompensan la creatividad y el esfuerzo de los individuos. Por supuesto, el modelo del derecho a la propiedad no es clásico en términos meramente cronológicos sino también en términos técnicos dado que los derechos de la rama del

² Vid. DUROY, S., « Le déclassement des biens meubles culturels et cultuels », *RDP* 2011-1, p. 55.

derecho de la propiedad intelectual, que ejemplifican el derecho genérico a la cultura, se asemejan al derecho a la propiedad de los bienes materiales.

El derecho a la cultura, como la libertad específica del arte, no es "derecho del hombre", es decir de la primera generación, sino "derecho fundamental", término el cual ha sucedido al término inicial de derechos del hombre, desde la era de los derechos de la segunda generación, es decir después de la primera guerra mundial. Por supuesto, el término "derecho fundamental" ha sido el término dominante hoy día y consecuentemente puede utilizarse aun en materia de los derechos iniciales. Por lo que se refiere al ordenamiento de España, según la doctrina debe mantenerse una concepción amplia de los derechos fundamentales, que permite atribuir dicha calidad al derecho a la propiedad privada, no siendo obstáculo a dicho reconocimiento su ubicación en la Sección 2 del Título 1 de la Constitución Española, su exclusión del recurso de amparo, la innecesaridad de desarrollarla a través de Ley Orgánica, su no-inclusión inicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o su clasificación como derecho económico³. Su condición de derecho subjetivo no es una cuestión que sólo interesa a los civilistas, siendo de hecho, lo que lo hace reconocible a la comunidad. La existencia del derecho de propiedad es el que da sentido a su función social, no a la inversa.

³ Vid. LÓPEZ QUETGLAS, F., «El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXIX (2016), pp. 359, 360.

En todo caso, es notable que la consagración de la propiedad privada sigue siendo relativamente imperfecta desde el punto de vista del derecho constitucional.

III. LOS DERECHOS A LA CULTURA Y AL MEDIO AMBIENTE

El derecho a la cultura, como ya señalado, hace parte del grupo de los derechos económicos (trabajo, sindicalismo, huelga), de los sociales (familia etc.) y de los culturales, reconocido a partir de los años 1917-1918⁴.

La cultura constituye el objeto no solamente de un "derecho" constitucional sino de una "garantía institucional", es decir de la garantía de la institución de la cultura en su conjunto⁵. Sin embargo, particularmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, este derecho no tiene una delimitación muy clara, sobre todo frente al derecho a la educación que tiene una dimensión de derecho social y también de deber fundamental por lo que se refiere al período obligatorio de educación escolar.

⁴ MANIATIS, A., *Judiciary and the technological rule of law*, en *Scientific and Professional Conference with international participation "Police and Judiciary as Guarantees of Freedom and Security in a Legal State"*, Vol. 1, *Proceedings of the Thematic Conference (Tara, 23-25 May 2017)*, Belgrade: The Academy of Criminalistic and Police Studies: University of Kragujevac, Faculty of Law: "Hanns Seidel" Foundation, 2017, p. 532.

⁵ Vid. DEL GIUDICE, F., *Costituzione esplicita spiegata articolo per articolo*, Edizioni Giuridiche Simone 2017, pp. 89-92.

Además, el constitucionalismo cultural no tiene que ver sólo con la protección de los derechos de segunda generación sino con el principio del respecto a la identidad cultural de los individuos y de los grupos sociales, en materia de la raza, del idioma, de la religión y de los símbolos⁶.

De sobra, el derecho a la cultura tiene vínculos muy intensos con el derecho ambiental, al cual se asemeja el derecho universal al agua⁷. El medio ambiente ha sido recientemente objeto de reglamentación explícita en muchas Constituciones. Éste es el caso de la Constitución de México (art. 4, primer párrafo) que menciona: "*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente de la obligación de recomponer, según lo establezca la ley*".

La contribución esencial del constitucionalismo al progreso de la aproximación al derecho a la cultura consiste en la concepción unitaria del medio ambiente natural y cultural, mucho más en combinación con la herramienta nueva de sostenibilidad⁸. Por ejemplo,

⁶ FAMIGLIETTI, G., *Diritti culturali e diritto della cultura*, G. Giappichelli editore, Torino 2000, p. 240.

⁷ Vid. MANIATIS, A., *El Derecho al Agua y la Contratación Pública. Estudio de Derecho Público*, Editorial Académica Española, 2018.

⁸ MANIATIS, A., «PPP and the constitutional right to the environment», *Constitutionalism.gr*, 20.11.2015.

según el par. 1 del artículo 24 de la Constitución griega, enriquecido a través de la revisión de 2001 con las novedades de durabilidad y del derecho universal ambiental, '*La protección del medio ambiente natural y cultural constituye obligación del Estado y derecho de cada persona. Para su conservación el Estado tiene obligación de tomar medidas preventivas o represivas particulares en el cuadro del principio de durabilidad*'.

Cabe señalar que el principio ambiental de sostenibilidad incluye las nociones de la tradición y del patrimonio⁹. Los monumentos del patrimonio cultural se han caracterizado como recursos no renovables con gran importancia¹⁰. Es también notable que el concepto de la organización criminal es aplicable no meramente a las infracciones culturales sino a las ambientales¹¹. Además, el derecho de la cultura se ha recientemente enriquecido con la problemática relativa a la exposición del cadáver humano en museos¹². Sin embargo, no ha sido analizado mucho por la doctrina, por ejemplo en materia de los archivos públicos¹³. De sobra, la criminalidad relativa al contrabando de las antigüedades no corresponde a una unidad especializada de la policía nacional en muchos

⁹ MANIATIS, A., « L'affrontement du pillage des biens culturels », *REDP* Vol. 25 2/2013, p. 737.

¹⁰ SPANOS, V., GOULAS, A., « Cultural heritage displaying: Residents looking in the mirror », *e-JST* 12 (4), 2017, p. 1.

¹¹ MANIATIS, A., « Organisations des crimes culturels et environnementaux », *RSC* 2014-1, pp. 251-252.

¹² BERTAUX, H., JEANNETEAU, E., « Le corps humain à l'épreuve de l'exposition », *Petites affiches* 2015, 207, p. 21.

¹³ Vid. DUROY, S., « Domaine public et archives publiques Réouverture d'un « carton » resté longtemps en sommeil », *RDP* 2016, 3, p. 891.

países¹⁴. Ha sido subestimada en términos de investigación científica, al menos frente a otras formas de contrabando¹⁵. Esta insuficiencia tiene un impacto al sector cultural y también a los demás sectores, particularmente por lo que se refiere a la Administración Pública, la cual debería mejorarse por razones de utilidad pública.

Italia ha contribuido al derecho comparado con novedades importantes, como en 2013 la creación de un ministerio unitario, de los bienes y actividades culturales y del turismo¹⁶. En todo caso, es obvio que la creación de un ministerio autónomo de la cultura, como era el caso de Francia ya en 1959, ha constituido una evolución importante en el marco del derecho de la cultura, marcado por la noción precitada del servicio público cultural¹⁷. Cabe añadir que el homólogo ministerio italiano realizó una selección de los directores de los veinte museos de importante interés nacional mediante una selección pública internacional, anunciada en enero de 2015 y también publicitada en "The Economist"¹⁸.

¹⁴ MANIATIS, A., «Right to security and antiquities smuggling», en *Academy of Criminalistic and Police Studies, Thematic conference proceedings of international significance*, Volume I, Belgrade 2017, p. 112.

¹⁵ MANIATIS, A., « Le trafic illicite des biens culturels », *RSC* 2016-1, p. 182.

¹⁶ MANIATIS, A., «The Right to Pursuit of Happiness and Italian Tourism Law», *Tourism Development Journal*, 2017, p. 55.

¹⁷ Vid. MONNIER, S., FOREY, E., *Droit de la culture*, Gualino Lextenso Éditions 2009, p. 16.

¹⁸ BLASINI, A., «Dirigenza pubblica e beni culturali: un modello per tutta l'amministrazione?, Il commento», *Giornale di diritto amministrativo* 6/2015, p. 845.

Esta reforma ha promovido el principio de meritocracia y también el derecho a la cultura.

IV. EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN LAS OBRAS DE CULTURA

Es notable que a nivel internacional retrasos, excesos del presupuesto y controversias intensas se han asociado a menudo con la construcción de complejos modernos culturales. Los complejos arquitecturales del sector cultural constituyen una especie de “etiqueta” internacional. Estas construcciones ayudan el sitio, el mercado, la ciudad ella misma a nivel local y también nacional e internacional. En este sentido, se estima que el resultado final compensa cualquier tipo de complicaciones que aparezcan en el camino. Es indicativo el caso de la Ópera de Sídney que se completó en aproximadamente 14 años¹⁹.

Un capítulo especial a este respecto consiste en las renovaciones, realizadas durante aproximadamente los últimos 25 años, de algunas óperas más antiguas de Europa, cuya mayoría fue construida en los siglos XVIII y XIX. En este caso también, el rebasamiento de los costos de construcción y los retrasos resultantes provocaron en su gran mayoría controversias. En algunos casos, por un gran espacio de tiempo después de la renovación, los teatros buscaban su ritmo normal de operación. Por ejemplo, la renovación de la Ópera Estatal de Berlín provocó una intensa problemática no

¹⁹ TOULATOU, I., «Los «Templos del Arte» cuestan mucho...», *To Vima* Domingo 13 de abril de 2014, pp. 30-31 (en griego).

solamente a la prensa sino al mundo político de la capital alemana. Este edificio histórico estaba en proceso de renovación a partir de 2010 y según el programa inicial, en 2013 podría una vez más abrir sus puertas al público. Este objetivo resultó ser poco realista y por eso se fijó un nuevo plazo, para el otoño de 2015. Finalmente, la Ópera comenzó a funcionar de nuevo en 2017. Sin embargo, un impacto realmente intenso a los medios internacionales de comunicación resultó del proyecto de renovación de la Scala de Milán, en el período 2002-2004. Se trata de un edificio muy antiguo, diseñado en 1776. Los trabajos de renovación suscitaron unas reacciones intensas dado que se temía que algunos detalles importantes de la Scala desaparecerían. Pese a ese movimiento de contestación, la administración de la Ópera declaró que era impresionada por el mejoramiento no solamente del edificio sino de la calidad del sonido.

Uno de los casos más discutidos fue la renovación de la ópera de Covent Garden en Londres en la década de 1990, gracias a recursos ofrecidos por el Consejo de Artes y al patrocinio privado.

V. EL DERECHO CULTURAL AL MECENAZGO

El patrocinio constituye una forma de contrato muy importante, particularmente para obras o actividades en el sector de la cultura. Es notable que se usa una terminología rica para ese fenómeno (esponsorización, auspicio y patrocinio publicitario)²⁰. No es nuevo referir

²⁰ LABARIEGA VILLANUEVA, P. A., «Cuestiones varias sobre el contrato de auspicio», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. Conmemorativo.

que la figura del esponsor nació en los Estados Unidos a la par que el desarrollo y la difusión de los medios de comunicación masiva, pero, a diferencia de la "réclame" stricto sensu, en el auspicio o esponsorización el uso del mensaje publicitario deviene indirecto, en el sentido de que la comunicación no se identifica con la exaltación de la calidad del producto o de la empresa, más bien consiste en la divulgación de un signo distintivo o de otras representaciones idóneas para los fines de una amplia difusión y comercialización del producto. Esto tiene lugar a través de un particular instrumento como el acoplamiento con manifestaciones culturales de todo género: deportivas, científicas, políticas, de espectáculos, etcétera. La doctrina hace una distinción entre los términos "esponsorización" y "mecenazgo". Ambas iniciativas surgen de los particulares y se hallan dentro de la cultura, entendida en su sentido más amplio. Sin embargo, la esponsorización ha incursionado en el ámbito deportivo como nicho preferido, y el mecenazgo se halla más inclinado a las letras o a las artes; a las manifestaciones culturales en general. Por lo que se refiere a las diferencias, en primer lugar, en la esponsorización existe el objetivo de una contraprestación publicitaria mientras que en el mecenazgo la finalidad que se persigue es altruista y filantrópica, termina con la entrega de la ayuda, aunque a veces se busque un reconocimiento por parte de la sociedad. El mecenas dejará, pues, que se difunda de una forma natural mediante una publicidad que emana del propio hecho de financiar una actividad importante, pero, contrariamente al caso del esponsor, nunca utilizará campañas específicas de publicidad para divulgarlo. En segundo lugar, mientras el mecenas es una persona que normalmente actúa en el ámbito

particular, el esponsor lo hace en el medio empresarial. En tercer lugar, mientras el mecenas no asume riesgo alguno, en caso de frustración del contrato por caso fortuito o por fuerza mayor, el esponsor sí, al resultar fallida su intervención en el evento por no obtener publicidad alguna. Es por esto que, mediante pacto expreso, se produce una redistribución del riesgo, como lo permitan los artículos 2111, 1315 y 1105 del Código Civil Federal mexicano, del Código Civil peruano y del Código Civil español, respectivamente. Por eso, la doctrina infiere que la esponsorización es un contrato con perfiles propios. Resulta que el derecho al mecenazgo constituye un derecho universal específico, en la constelación de los derechos a la cultura.

El patrocinio cultural en su forma actual inicialmente pareció en la década de 1950 en los Estados Unidos²¹. Empresas, sobre todo las grandes compañías en el mercado del tabaco, comenzaron a desempeñar el papel del esponsor dado que hacían frente a problemas serios de exclusión de los medios de comunicación en materia de publicidad, porque una normatividad antitabaco se había adoptado²². A causa de esta política de prohibicionismo, las empresas decidieron mejorar su imagen pública, inter alia mediante la esponsorización de la producción artística, y lograron su objetivo comercial. Así, en 1968, el Comité de Negocios Para las Artes fue creado, con el objetivo de contribuir al renacimiento de

²¹ MANIATIS, A., «Cultural sponsorship law», *Civitas et Lex* 2017 / 3 (15), p. 25.

²² BAKALI, E., MANIATIS, A., «PPP Law and Business Deontology in the UK and France», en *7th Annual EuroMed Conference of the EuroMed Academy of Business*, p. 204.

la cultura en los Estados Unidos mediante la ayuda financiera de las empresas.

Esta evolución crucial, atribuida a algunos obstáculos de naturaleza jurídica, tenía un impacto amplio, en escala internacional. Resultó que en Europa el patrocinio cultural surgió a principios de la década de 1970, ya que el mundo empresarial y artístico del Reino Unido adoptó ese movimiento. En 1976, la Asociación para Esponsorización de Negocios de las Artes fue creada, por algunas empresas con la ayuda del gobierno. Sin embargo, el gran desarrollo de ese mecanismo tuvo lugar en la década de 1980. La "Revolución Conservativa" focalizó sobre la limitación del Estado y la reducción de las expensas estatales. Como resultado, esa política, en asuntos culturales, consistió en la limitación del intervencionismo estatal mientras la reducción de la subvención había ya iniciado hace algunos años. Esta tendencia de abstención del Estado ha sido considerada como una de las razones del éxito de la institucionalización del patrocinio.

El modelo del patrocinio, adoptado en el Reino Unido, fue considerado como la sección dorada entre las tradiciones inherentes a la cultura de los países europeos y aquellas americanas. Pero existen países que siguen adoptando un enfoque bastante sospechoso de este concepto, como un medio de publicidad para las empresas involucradas. Francia ignoró el patrocinio cultural por un gran espacio de tiempo y lo institucionalizó recientemente, de manera relativamente "tímida"²³.

²³ MIRIEU DE LABARRE, E., *Droit du patrimoine architectural*, Lexis Nexis Litec, Paris 2006, p. 295.

VI. LA CONTRATACIÓN DE PATROCINIO PÚBLICO, ACTIVO O PASIVO

Por lo que se refiere al papel de las personas jurídicas de derecho público en el sector de patrocinio (activo), la normativa es imperfecta, si no inexistente, en el derecho comparado. Por ejemplo, en el ordenamiento de Grecia la única ley especializada en materia del patrocinio cultural, núm. 3525/2007, ha sido el producto del interés en alentar el patrocinio privado a favor de museos y otras instituciones culturales. En 2009, el Consejo de Prefectura de Atenas decidió por unanimidad ofrecer 6.000.000 euros para la rehabilitación del teatro antiguo de Dionisos²⁴. En ese monumento arquetipo en proximidad de la Acrópolis de Atenas, Esquilo, Sófocles y Eurípides, es decir los tres mejores poetas trágicos, y también Aristófanes y otros hicieron la representación de sus obras por primera vez. Esta Prefectura fue el primer organismo público, además del Estado, en apoyar financieramente la protección de monumentos. Esa iniciativa ha sido marginal en términos jurídicos dado que se mantuvo fuera del marco institucional del patrocinio, aunque se relaciona bien con ese concepto. De hecho, la institución de patrocinio fue nacida en el Estado antiguo de Atenas y los encargados de patrocinio tenían que ver con las representaciones de las obras teatrales en el teatro de Dionisos, según la indicación señalada.

Por supuesto, los organismos públicos pueden ser la parte contractual favorecida del contrato de patrocinio

²⁴ MANIATIS, A., *Cultural sponsorship... cit*, pp. 28-29.

(pasivo). El patrocinio cultural es idóneo para ayudar los museos, los cuales son por definición organismos o servicios no lucrativos, independientemente de su financiación pública. En Gran Bretaña, en 1845 una ley fue adoptada, llamada "Museums Act", que contribuyó al desarrollo de las galerías municipales. Estas entidades habían sido financiadas hasta entonces mediante patrocinio de parte de individuos, frecuentemente a la rentabilidad comercial. Este caso designa un aspecto del principio de la subsidiariedad del Estado en la economía²⁵. De sobra, en el ordenamiento griego, la formulación de la ley núm. 3525/2007 no excluye el patrocinio de parte de personas jurídicas públicas de derecho privado pero esa categoría de entidades del sector público (en sentido amplio) es probablemente ella misma en necesidad de patrocinio, vista su naturaleza no comercial²⁶. Éste es el caso de la Ópera Nacional, una persona jurídica de derecho público que se ha convertido, como otros organismos similares, en una persona jurídica de derecho privado en virtud de la ley núm. 2273/1994. A causa de la crisis económica actual, hay que hacer frente a una importante falta de recursos asegurados mediante el patrocinio. Por eso, después de la primera fase del período de la crisis de Grecia, iniciada en 2010 con el primer memorándum, la Ópera ha creado una unidad interna original, un departamento de recaudación de fondos ("fundraising") según los estándares internacionales, en busca de organismos,

²⁵ Vid. FABI, F., LOIERO, R., PROFITI F. S. E., *Il partenariato pubblico – privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, Dike Giuridica Editrice 2015, p. 3.

²⁶ MANIATIS, A., *Cultural sponsorship...cit.*, p. 29.

particularmente extranjeros, que podrían desempeñar el papel del sponsor.

Por lo que se refiere al ordenamiento de España, el patrocinio es un contrato y como tal su regulación se ciñe exclusivamente a lo dispuesto en el art. 22 de la ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP): *''aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica, o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador''*²⁷. La jurisprudencia, tanto civil como contenciosa, ha analizado la cuestión de la naturaleza jurídica del patrocinio de una entidad pública (patrocinio institucional), aunque no siempre le ha dado un tratamiento unitario (contrato privado o administrativo). Aun así, la doctrina mayoritaria excluye el contrato de patrocinio de cualquier categoría contractual típica. Es cierto que existen Leyes autonómicas (a partir de las leyes de 2003, de la Comunidad Valenciana y de Aragón) que hacen mención del contrato de patrocinio, si bien todas ellas se limitan a enumerar los principios informadores y a remitir a la legislación básica en materia de contratos del sector público. Sucede que esta remisión sin más a la legislación de contratos del sector público (TRLCSP) sólo puede hallar acomodo en el art. 20 en materia de régimen jurídico, sin que ese texto legal resuelva con claridad qué tipo de contrato es el patrocinio institucional ni qué normas lo regulan.

²⁷ BAUZÁ MARTORELL, F. J., «La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional», *Observatorio de Contratación Pública*, 31/07/2017.

Una excepción a esta imprecisión consiste en la Agencia de Turismo de Baleares, que – consciente de las necesidades ilimitadas de apoyo a iniciativas públicas y privadas – dicta la resolución de 11 de noviembre de 2016, por la que se establecen las condiciones para la realización de contratos de patrocinios con entidades privadas y convenios de colaboración con entidades públicas para proyectos que generen un retorno publicitario para las marcas de las Islas Baleares y la Agencia de Turismo, mejorando la competitividad turística para el año 2017.

Es importante subrayar que el uso del modelo de patrocinio en el sector del turismo constituye una nueva tendencia en el derecho comparado. Por ejemplo, mediante la ley núm. 4276/2014 se introdujo en el ordenamiento griego la contratación de patrocinio para el desarrollo y la promoción del turismo de Grecia, a favor del Estado griego y de las personas jurídicas supervisadas por el Estado, como el Organismo Griego de Turismo, legitimado a promover no solamente el turismo sino, por primera vez con la misma ley, Grecia misma, particularmente en el extranjero. Esta ley ya se ha sido aplicada por lo que se refiere a la novedad del patrocinio turístico, aunque este patrocinio ha sido concebido como aquel cultural, es decir excluyendo la eventualidad del patrocinio de parte de una persona jurídica de derecho público.

La esponsorización no es ajena al mecanismo de contratación pública (en sentido estricto), concepto introducido por la Unión europea, el cual significa los contratos del sector público solamente en materia de obras, suministros y servicios. Este uso de la esponsorización vale particularmente en el

ordenamiento de Italia que ha hecho frente a graves dificultades económicas por los últimos años, en materia de la protección y de la promoción de los bienes culturales²⁸. Según el par. 1ª del artículo abrogado 199bis, introducido por el decreto legislativo 5/2012, del "viejo" Código de contratación pública (decreto legislativo 163/2006), *"Para garantizar el cumplimiento de los principios de economía, eficacia, imparcialidad, igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad a que se refiere el artículo 27, los poderes adjudicadores encargados de llevar a cabo las intervenciones de patrimonio cultural complementarán el programa de trabajo trienal de las obras mencionadas al artículo 128 con un anexo específico que indica las obras, los servicios y los suministros en relación con los cuales tienen la intención de buscar patrocinadores para la financiación o la ejecución de las intervenciones"*.

Hoy día, existe una nueva normativa, del decreto legislativo 50 de 18 de abril de 2016 ("nuevo" Código de contratación pública)²⁹. Pese al hecho de que la directiva 24/2014/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE no contiene alguna previsión en materia de la contratación de sponsorización pasiva, el nuevo Código, de 2016, ha introducido importantes innovaciones en el tema, aunque en todo caso incluye el contrato de patrocinio pasivo entre los contratos excluidos del ámbito de

²⁸ FABRIS, F., «La sponsorizzazione dei beni culturali et il sostegno economico nel mondo dell'arte», *Businessjus* 2014, 53, pp. 1-2.

²⁹ SPAGNUOLO, G., «I contratti di sponsorizzazione nella Pubblica Amministrazione», *Italiappalti.it*, 7-6-2017, pp. 10-12.

aplicación de la disciplina comunitaria y nacional sobre la contratación pública. El Código, inspirado en una lógica de simplificación y de no agravamiento del procedimiento administrativo elegido por el patrocinador, introdujo una disciplina innovadora, simplificada y única tanto para los contratos de patrocinio pasivo relativos a los bienes culturales como para los contratos de patrocinio pasivo sobre todos los demás sectores, en materia de obras, servicios y suministros.

Se destaca la considerable expansión del campo de aplicación del patrocinio reservado por el nuevo Código al sector de la cultura en general. El artículo 151 amplía el patrocinio también al apoyo de los institutos y de los lugares de la cultura, mencionados al artículo 101 del Código de los Bienes Culturales, y de las fundaciones lírico-sinfónicas y de los teatros de tradición. Esta adopción ha sido aprobada por la doctrina dado que puede asegurar formas significativas de apoyo a los museos, las óperas y otras entidades, mediante, por ejemplo, patrocinio técnico de varios servicios³⁰.

Finalmente, es positivo el hecho de que el patrocinio pasivo en el sector cultural no conoce límites cuantitativos y pues se aplica también a los contratos a valor no superior a 40.000 euros, contrariamente al caso del patrocinio "ordinario"³¹.

³⁰ CARPENTIERI, P., «Appalti nel settore dei beni culturali e archeologia preventiva», *Urbanistica e Appalti*, n. 8-9/2016, p. 1014 ss.

³¹ *Relazione illustrativa al Nuovo Codice degli Appalti*, p. 239.

VII. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA CULTURAL EN FRANCIA

En Francia, antes de la adopción del cuadro legislativo sobre la colaboración público-privada, habían sido introducidas delegaciones de servicio público y concesiones, como en materia del museo Jacquemart - André. El Instituto de Francia fue el primero, en 1990, en realizar delegaciones de servicio a un empresario privado («Cultures espaces»). El museo Jacquemart - André, en París, y las villas Kérylos y Ephrussi en la provincia, han sucesivamente constituido objeto de una transmisión de la gestión. Es impresionante que en 1995 el museo se limitaba en un número de 20.000 visitantes anualmente y tenía un déficit operacional de 459.000 euros. Desde el inicio de la intervención del empresario privado, tuvo lugar un aumento del número de visitantes (entre 180.000 y 240.000) y también de los ingresos del Instituto, que oscilaron entre 137.000 y 150.000 euros. No se trata de un abandono de responsabilidades de parte del sector público sino de una repartición de competencias. El Estado prefiere concentrarse en la colección y la rehabilitación de las obras³². Este ejemplo se considera como de mayor importancia, dado que resultó que un objeto contractual, que por su propia definición no es lucrativo, es compatible con el modelo

³² LEGRAND, M., *Partenariats Public Privé, Financement des biens culturels et surplus social*, 2005 (Université Paris I Panthéon Sorbonne UFR de Sciences Économiques DEA mention Décisions publiques, institutions et organisations), p. 45.

de concesión, tradicionalmente destinado a los objetos recíprocos.

Basado en ese precedente, el modelo de colaboración público-privada, que tiene como órgano de competencia decisiva la «MAPPP» (Misión de Apoyo en la realización de la contratación de colaboración público-privada), es decir un organismo tecnocrático y no político, es utilizado en el sector cultural, con varios casos de éxito³³. Éste es el caso del Museo nacional de las culturas de Europa y Mediterráneo, con sede en Marsella. Esta obra se puso en operación en 2013, año en el cual el mayor puerto del Mediterráneo era la capital cultural de Europa. La intervención en el puerto tenía un gran éxito, incluyendo la operación de una torre cerrada desde hace siglos, la fortaleza de San Juan³⁴.

Además, en 2007 el gobierno quería iniciar su aproximación a la colaboración público-privada en el sector cultural a través de la modernización del museo en Versalles. Los jardines de esta destinación turística de índole mundial hacen parte del patrimonio natural mundial, en virtud de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 1972, la cual ejemplifica los derechos fundamentales de tercera generación.

³³ VASSILAKOU, A., MANIATIS, A., «PPP in French Law and Practice», en *5th Annual EuroMed Conference of the EuroMed Academy of Business*, pp. 1621-1622.

³⁴ EVANGELATOU, K., MANIATIS, A., O. MANOLIADIS, «PPP and Public Works Law in France», en *6th Annual EuroMed Conference of the EuroMed Academy of Business*, p. 906.

La ejecución del contrato relacionado con el sistema de la emisión de los billetes se interrumpió definitivamente dado que emergieron serios problemas en materia de la operación del museo, en detrimento de los visitantes. Por ejemplo, la versión del software de la emisión de billetes era inestable, particularmente lenta e insatisfactoria, aumentando la cola. Es importante clarificar que la operación se normalizó en pocos meses, sin que el organismo público del museo haga uso de cualquiera otra forma de contratación pública, apoyándose en sus propios recursos humanos. Es notable que ese organismo mencionaba en su informe anual de 2008 que la actividad relativa a la Informática en materia del sistema de billetes debería externalizarse mediante un contrato de colaboración público-privada³⁵.

Ese fracaso ha sido atribuido a tres causas diversas³⁶. En primer lugar, la razón obvia consistía en la incapacidad de gestión de las herramientas tecnológicas nuevas. En segundo lugar, existía también una decisión del Ministerio competente, de retrasar la ejecución del contrato. En tercer lugar, la adquisición del contratista, es decir de la empresa «Unilog», por la compañía «Logica» causó una atmósfera de incertidumbre a sus empleados, de los cuales algunos decidieron dejar la empresa en el momento crucial. Vista esta motivación, la «MAPPP» ha señalado que este caso fortalece su posición, según la cual la autoridad de adjudicación debe

³⁵ KALOGIROU, S., MANIATIS, A., «Heritage PPP Law and Management», en *6th Annual EuroMed Conference of the EuroMed Academy of Business*, p. 1202.

³⁶ MANIATIS, A., VASSILAKOU, A., «French Public - Private Partnerships (PPPs) law and culture», *JARR B Economics, Business, Social Sciences and Education*, XVI (1) 2017, p. 23.

interferir lo menos posible a las obligaciones contractuales, con la excepción de disfunción.

La conclusión del acercamiento al fiasco en el museo emblemático de Versalles es que el patrimonio debe aproximarse con mucho cuidado. Por lo general, el modelo de colaboración público-privada ha sido usado particularmente en Francia. Sin embargo, este país no ha sido exento de problemas en materia de la aceptación del modelo, desde 2014, a causa de un fracaso relativo a un hospital³⁷. Resulta una confirmación de la política tradicional francesa de intervención estatal en la economía (“dirigisme”)³⁸.

VIII. A MODO DE CONCLUSIONES

La conclusión de todo lo anterior es que la contratación del patrocinio y aquella pública (en sentido estricto) tienen importantes vínculos con el sector cultural. Si el reconocimiento de los derechos fundamentales cuenta con una historia aproximadamente de dos siglos, en el mismo período los Estados constitucionales adquirieron un nuevo sector de competencia, relativo al patrimonio cultural y los museos³⁹. Esta intensa prevalencia del

³⁷ BRACONNIER, S., « Le futur régime des partenariats public-privé: rupture et clarifications», *RDP* 3/2015, pp. 595-603.

³⁸ MANIATIS, A., GKOGKAKI, M., «A New Public Management Approach to PPP Norms», en *9th Annual Conference of the EuroMed Academy of Business*, p. 1228.

³⁹ MANIATIS, A., MELEAS, I., «Public – Private Partnership (PPP) and Cultural Sponsorship Law and Deontology», en *Eighth International Conference on Construction in the 21st Century (CITC-VIII) “Changing the Field: Recent*

Estado ha sido suavizada por la contratación de concesión y recientemente de la colaboración público-privada, que es una herramienta intrínsecamente innovadora⁴⁰. El sector de la cultura, sobre todo el servicio público de protección del patrimonio cultural es mucho más viejo que el derecho a la cultura; este derecho no es tan viejo que el derecho a la propiedad de bienes materiales, el cual ha sido un derecho constitucional civil (también consagrado y regulado en los Códigos Civiles) de la primera generación. Este derecho, orientado al dominio de los privados, ha constituido el sustituto del derecho a la cultura en las Constituciones y lo hace hasta ahora por lo que se refiere a la protección constitucional de las obras de propiedad intelectual. Prácticamente, de este derecho se han autonomizado la libertad del arte y el derecho genérico a la cultura. Si el derecho a los bienes culturales, materiales e inmateriales, ha sido una promoción del derecho a la propiedad, otra versión del mismo derecho, es decir el derecho al patrimonio cultural, emergió como una restricción del derecho a la propiedad, en el marco de una tendencia jurídica inversa, consistente en publicación del ordenamiento. Se trata de un acercamiento relativo al concepto civilista del dominio de las cosas, el cual se incorporó del derecho civil tradicional al derecho público moderno, pero con significado distinto. De sobra, el derecho a la cultura, al menos a los bienes culturales materiales, ha también adquirido

Developments for Future Engineering and Construction”, May 27-30, 2015, Thessaloniki, Greece, p. 528.

⁴⁰ Vid. MANIATIS, A., EVANGELATOU, K., O. MANOLIADIS, «An Assessment of the French Public – Private Partnership Law», *e-JST 11* (4), 2016, p. 15.

vínculos con otro derecho nuevo, el derecho ambiental, en el marco de un concepto unitario del medio ambiente.

Además, es obvio que la crisis económica diacrónicamente contribuye a la invención de instituciones (por ejemplo, la contratación de patrocinio cultural en su forma actual) y la creación de nuevos órganos y unidades institucionales, como el departamento "Fundraising" dentro de la Ópera Nacional de Grecia. No solamente el sector del patrimonio ha sido un sector público aparte desde hace dos siglos sino las óperas han constituido recientemente un sector de la cultura aparte, si no un subsector del patrimonio sobre todo en materia de la renovación de sus edificios monumentales. Objetos no recíprocos de la política pública, relativa a derechos fundamentales sociales, son asociados a la responsabilidad social corporativa, pues la colaboración público-privada al patrocinio respectivamente⁴¹.

El derecho al patrocinio cultural podría considerarse como derecho económico, constituyendo esencialmente una versión del derecho clásico a la propiedad privada; si la garantía de la propiedad inicialmente ha sido el sustituto constitucional del derecho genérico a la cultura, luego contribuyó a la consagración de un derecho específico cultural, es decir del derecho al mecenazgo, sobre todo por lo que se refiere a una esponsorización no pecuniaria. Es oportuno liberalizar el derecho a ser esponsor, que debería transformarse en

⁴¹ NIKOLOPOULOU, M., MANIATIS, A., «PPP and Cultural Sponsorship Law and Management», en *6th Annual EuroMed Conference of the EuroMed Academy of Business*, p. 1737.

una garantía universal⁴². Obviamente, el patrocinio público, activo y pasivo, merecería una normativa especial, como resulta del estudio de varios ordenamientos, sobre todo de España e Italia. Esta institucionalización sería conforme a la tendencia bidireccional, es decir de privatización y de publicación, del derecho a la cultura en su prehistoria (derecho a la propiedad privada) y en su historia (derecho a la cultura, principalmente al patrimonio cultural).

Finalmente, se ha confirmado la influencia del derecho de la cultura sobre el derecho turístico, ejemplificada por la extensión de la institución de patrocinio, emblemático en el ámbito de la cultura, al marco del turismo⁴³.

⁴² MANIATIS, A., KAPRALOU, P., «"Righting" the right of cultural sponsorship with a special reference to museums», *Monumenta* 04, 29/05/2012.

⁴³ MANIATIS, A., « Aspects pénaux et administratifs du droit du tourisme», *RSC* 2015-1, p. 234.

**LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN ESTUDIO
COMPARADO DE LA PERSPECTIVA DE LA
REPÚBLICA DOMINICANA Y EL REINO DE
ESPAÑA, EN RELACIÓN CON LOS MODIFICADOS
CONTRACTUALES**

D. Oscar D'oleo Seiffe

Abogado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Maestría en Derecho Privado Francés y Comunitario Europeo en la Universidad Paris II, Maestría en Derecho Público en la Universidad Pompeu Fabra, Maestría en Compras y Contrataciones Públicas en la Universidad de Castilla-la Mancha, ha sido profesor de la Asignatura de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y Universidad Iberoamericana (UNIBE), abogado litigante y asesor de varias instituciones del Estado.

Resumen: La presente investigación aborda el interesante tema de los modificados contractuales en la contratación pública, tema que, se encuentra muy en boga actualmente y que permea una multiplicidad de disciplinas, dentro de las cuales se encuentran; el derecho, la ingeniería, la economía, la sociología, y otras ciencias. Esta investigación es un trabajo de derecho comparado, analiza el marco legal Europeo, entronizando en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que notoriamente ha influido en las Directivas Europeas 2014/23/UE y 2014/24/UE y el derecho español de la contratación pública regulado por la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y el derecho dominicano al amparo de la ley 340/06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones y el reglamento de aplicación de la ley contenido en Decreto No. 543-12, y la jurisprudencia incipiente que comienza a consolidarse en el derecho dominicano. Al mismo tiempo, como labor de derecho comparado, trae también a colación importantes decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado Francés, cuya doctrina constituye un importante referente en República Dominicana. La presente investigación sitúa a la República Dominicana en el contexto internacional, a la luz de los diversos tratados comerciales que ha suscrito la misma, en especial, el DR CAFTA, el Acuerdo de Asociación Económica (AAE) mejor conocido como EPA entre los países ACP y la Unión Europea y recientemente el establecimiento de relaciones comerciales con la República Popular China, todo lo expuesto, justifica la pertinencia de este trabajo, que discurre en un mundo casi homogéneo en lo que respecta la contratación pública, que se debe analizar en el marco de un derecho administrativo global y unos

principios generales análogos, en el contexto de normativas complejas en su redacción, que dificulta la seguridad jurídica. Finalmente, se analiza la planificación y algunas tendencias jurisprudenciales en el Consejo de Estado de Colombia y los sistemas de pesos y contrapesos en materia de modificados contractuales, en el caso del derecho europeo y el derecho dominicano de la contratación pública.

Palabras claves: Contratación Pública, modificaciones contractuales, modificaciones por circunstancias imprevisibles, modificaciones previstas en los Pliegos de Condiciones, modificaciones no previstas en los Pliegos de Condiciones, obras adicionales, contrato de obra pública y derechos de los contratistas.

Abstract: The present investigation addresses the interesting subject of contractual modifications in public procurement, an issue that is currently very much in vogue and that permeates a multiplicity of disciplines, within which they are found; law, engineering, economics, sociology, and other sciences. This research is a work of comparative law, analyzes the European legal framework, relying the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union that has notoriously influenced the European Directives 2014/23/UE y 2014/24/UE and the Spanish law of public procurement regulated by Law 9/2017 of Public Sector Contracts and Dominican law under Law 340/06 on Purchases and Contracts for Goods, Services, Works and Concessions and the regulation of application of the law contained in Decree No. 543-12, and incipient jurisprudence that begins to consolidate in the law of the Dominican Republic. At the same time, as a work of comparative

law, it also brings up important jurisprudential decisions of the French State Council, whose doctrine constitutes an important reference in the Dominican Republic. The present investigation places the Dominican Republic in the international context, in the light of the various trade agreements that it has signed, in particular, DR CAFTA, the Economic Association Agreement (EPA) better known as EPA among the ACP countries and the European Union and recently the establishment of commercial relations with the People's Republic of China, all of the above, justifies the relevance of this work, which runs in an almost homogeneous world with regard to public procurement, which must be analyzed in the framework of a global administrative law and similar general principles, in the context of complex regulations in its drafting, which hinders legal certainty. Finally, the planning and some jurisprudential tendencies in the Council of State of Colombia and the systems of checks and balances regarding contractual modifications are analyzed, in the case of European law and Dominican law of public procurement.

Key Words: Public Procurement, contractual modifications, modifications due to unforeseeable circumstances, modifications foreseen in the Specifications, conditions not foreseen in the Specifications, additional works, public works contract and contractor rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ABORDAJE GENERAL DE LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES. 1. Delimitación conceptual de la potestad en el marco de la

contratación administrativa e identificación de las potestades reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. 2. Fundamento legal de los modificados contractuales en el ordenamiento jurídico dominicano, en las Directivas Europeas y la LCSP 2017. 3. Generalidades sobre los modificados contractuales y las limitaciones a su ejercicio, en ocasión del marco legal precitado. **III. EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI, HABILITACIONES PARA SU EJERCICIO, SU CONTEXTO Y RELACION CON OTRAS FIGURAS ANALOGAS.** 1. La planificación como dogma y presupuesto para petrificar el contrato administrativo. 2. Aspectos sustantivos y formales del ius variandi. 3. Derecho a la indemnización de los contratistas en ocasión de los modificados contractuales y mecanismos de control por el ejercicio de la potestad. **IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFIA.**

I. INTRODUCCIÓN

República Dominicana es una nación en vías de desarrollo y de ingresos medio altos, según estadísticas del Banco Mundial¹, dicha nación, en los últimos años, ha tenido un gran desarrollo en términos de su infraestructura, sus vías de comunicación, el acceso universal a los servicios públicos y cuenta con un

¹ Banco Mundial, Dominican Republic Overview. En esta publicación del Banco Mundial se destaca el desempeño económico del país. <https://www.bancomundial.org/es/country/dominicanrepublic/overview>

crecimiento promedio anual de un 5.1 % entre el 2008 y el 2018, con un crecimiento mayor entre el periodo 2014 al 2018 de un 6.6 %.

Un desarrollo como el expuesto, no sería posible fuera del marco del libre mercado, aunado al hecho que el país se ha venido integrando a diferentes acuerdos comerciales y zonas de libre comercio, dentro los cuales se destacan el DR CAFTA, el Acuerdo de Asociación Económica (AAE) mejor conocido como EPA entre los países ACP y la Unión Europea y recientemente el establecimiento de relaciones comerciales con la República Popular China implicando la suscripción de dieciocho (18) acuerdos comerciales y que supondrá la facilitación de las inversiones entre ambos países.

En este contexto de libre mercado y de procesos de integración comercial, las compras y contrataciones públicas suponen un eje sumamente importante para el desarrollo del país, la transparencia y la seguridad jurídica que precisan tanto los proveedores locales, como los extranjeros que arriban a nuestro país en el marco de las facilidades que suponen estos acuerdos comerciales, demandando confiabilidad en nuestros mercados y un comportamiento ético de los reguladores a quienes se les exige unos niveles de integralidad que cada día complejizan la función pública por los exacerbados regímenes de control existentes y en relación a los cuales, se ha cimentado toda una burocracia que en ocasiones puede ser irritante.

Producto de estos fenómenos que se han suscitado en el marco de la globalización, nuestro ordenamiento jurídico ha debido adaptarse a los cambios que impone una

economía globalizada, que se caracteriza por una alta influencia tecnológica, la movilidad de personas, intercambio de bienes y servicios y con ello una transculturización profunda que ha supuesto un aprendizaje del desarraigo como mecanismo de adaptación social. Una de las mayores evidencias de la transformación de nuestro ordenamiento jurídico producto de la globalización, constituyó la obligación de adopción de una legislación integral en materia de contratación pública, en el marco de las exigencias del DR CAFTA y dentro del contexto de este derecho administrativo global, que encuentra una gran unicidad en las compras y contrataciones públicas, conllevando que sea casi imposible analizar esta disciplina sin recurrir al derecho comparado, que se rige por unos principios homogéneos que informan todo el ordenamiento jurídico y a través de los cuales se pretenden respuestas a problemáticas similares, cuyo cauce de solución discurre en un único lenguaje común para los actores del mercado y los operadores jurídicos, materializado por los principios generales de la contratación pública.

De ahí que, el contexto de una sociedad globalizada y la existencia de unos principios homogéneos en materia de contratación pública, impone que, cualquier alteración o cambio que surja en la misma, en cualquiera de sus etapas y en especial en la de ejecución, resulta ser un elemento sensible, y que impone un estudio integral de esta problemática, involucrando abogados, economistas, sociólogos y otros profesionales afines, con la finalidad de buscar soluciones a una marisma de conflictos que se debaten entre las preconcepciones de la teoría clásica de la contratación pública inspiradas en las decisiones del Consejo de Estado Francés, los costes de los cambios

contractuales y su impacto, los principios de concurrencia, competencia, proporcionalidad y otros principios.

En este sentido, el tema que nos ocupa, resulta ser fundamental para el desarrollo institucional de la República Dominicana, ya que pende de homogeneizar reglas de juego claras en la contratación pública y los modificados contractuales y en un mundo de cambios permanentes, la satisfacción del interés general resulta ser compleja desde la perspectiva de las aspiraciones colectivas y los cuestionamientos constantes a nuestros sistemas políticos.

En ocasión de lo expuesto, nuestra ley 340/06 sobre compras y contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, de fecha 18 de agosto de 2006, adoptada en el marco del DR CAFTA, constituye forma de respuesta a las aspiraciones colectivas de nuestra sociedad, de obtener bienes, servicios y obras de infraestructura de calidad derivados de una contratación pública con eficiencia, respetando la libre competencia, permitiendo concurrencia, sostenibilidad, y al final poder encontrar una respuesta adecuada a la fiscalización del gasto público, cuestiones que, constituyen una labor titánica.

Las potestades de la administración pública y de manera especial los modificados contractuales, constituyen una forma de respuesta al cambio permanente de las necesidades de la sociedad. En este contexto, se puede observar que los modificados han sido objeto de una crítica desencarnada, producto de prejuicios enervados por la corrupción y la falta de transparencia, salpicando

incluso a funcionarios honestos, que no han actuado de mala fe al momento de sostener la pertinencia del uso de un modificado contractual, en el laberinto de las rigideces que impera en nuestro derecho administrativo.

En el caso de nuestra ley 340/06, las potestades de la administración se encuentran contenidas en el artículo 31 de la misma, regulándose, como una de las potestades de la administración, el ejercicio de los modificados contractuales o *ius variandi* efectuando la distinción si estamos en una obra o servicio y en el caso de las concesiones se complementa con el artículo 49 párrafo I de la misma ley. Debemos advertir, que al momento de estudiar esta norma, la misma será efectuada de manera concordante con el derecho comparado, en especial, el establecido por las Directivas de la Unión Europea 2014/23 y 2014/24, así como, la LCSP 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y con particular referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, fuente siempre respetable y aconsejable en las jurisdicciones dominicanas.

La presente investigación es de tipo documental, y para abordar la misma, en aras de delimitar el alcance de los modificados contractuales y su régimen jurídico, utilizaremos un los métodos deductivos e inductivos, desglosando los elementos de cada una de las problemáticas envueltas a los fines de ofrecer posiciones razonadas sobre cada uno de estos temas que se desarrollan en el presente trabajo, a la luz de una

hermenéutica finalista y a la vez práctica. Finalmente, para el desarrollo de esta investigación vamos a acotar una parte teórica general, relativa a las potestades de la administración en materia de contratación pública, los modificados contractuales como expresión de las potestades de la administración, las limitaciones de su ejercicio, contrapesos frente al *ius variandi*, mecanismos de control frente al ejercicio del *ius variandi* y la planificación en la contratación pública y otros aspectos que se derivan del ejercicio de esta potestad.

II. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACION PÚBLICA Y ABORDAJE GENERAL DE LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES

1. Delimitación conceptual de la potestad en el marco de la contratación administrativa e identificación de las potestades reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico

Las principales características que permiten identificar un contrato administrativo se centran en la desigualdad entre las partes (cuestión que paradójica pero correctamente, Cassagne aborda desde el prisma del principio de igualdad y justicia contractual, desdoblado las potestades y el acceso a la participación)², la finalidad

² CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, año 1987, Buenos Aires (Argentina), P. 93-101. En esta obra Cassagne aborda el tema de la desigualdad en la contratación pública, sus manifestaciones y la igualdad en términos de justicia contractual, indicando lo siguiente: Dentro de la igualdad ante

de interés general que se persiguen a través de los mismos y la presencia de cláusulas que usualmente resultarían nulas en el derecho privado, por ser estas, contrarias a la lógica del contrato en derecho privado, denominándose como cláusulas puramente potestativas, o que rompen de manera marcada con el principio de igualdad entre las partes, clásicamente conocido por el Derecho Civil, siendo lo que usualmente se conoce como cláusulas exorbitantes al derecho común.

En el marco de estas características, se derivan las potestades que ejerce la Administración en materia de contratos administrativos, potestades que, a pesar de tener un origen pretoriano en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, hoy en día, casi todos los ordenamientos occidentales han recogido las mismas, acentuando la legalidad formal de estas, muy a pesar de que lo expuesto no se haya traducido en seguridad jurídica y certeza normativa, dada la forma confusa en

la Administración se encuentra la igualdad en el ámbito de la contratación pública, donde traduce variadas aplicaciones. A este objeto hay que advertir que en el marco del contrato administrativo confluyen simultáneamente las tres especies de justicia, ya que hay relaciones de contribución, de distribución y de conmutación. Las primeras versan sobre todas las potestades del Estado y los deberes y cargas que imponen la Administración Pública en la ejecución del contrato; las segundas se refieren a los bienes o cosas que la Administración distribuye cuando decide celebrar un contrato administrativo, y las terceras a las ventajas que obtiene el contratista en la conmutación voluntaria, donde la igualdad se realiza de objeto a objeto, es decir en proporción a la cosa. Por de pronto, el principio de igualdad en la contratación administrativa debe regir en el acceso de los particulares a las ventajas que implica dicha contratación, P. 98.

que las normativas recientes abordan los modificados contractuales.

En este sentido, la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y constituido³.

De manera clásica, las potestades de la Administración en materia de contratos administrativos han sido recogidas pacíficamente por la doctrina, veamos: i) La revocación del contrato por razones de oportunidad, merito o conveniencia ii) Rescisión unilateral del contrato por incumplimiento del contratista y proceder a la ejecución directa del contrato por parte de la Administración iii) La posibilidad de interpretación de los contratos administrativos iv) El ius variandi o los modificados contractuales de la Administración en la forma e intensidad que establece la ley.

Respecto lo expuesto, y a los fines de la presente investigación, interesa agotar la facultad del ius variandi o los modificados contractuales, que nuestra jurisprudencia vernácula había reconocido de manera

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMON, *Curso de Derecho Administrativo*, Decimocuarta edición, Editorial Aranzadi, Madrid (España), 2008, Tomo I, Pág. 451

tardía esta facultad⁴, a pesar del reconocimiento pacífico de la doctrina de estas potestades y la distinción del contrato administrativo frente al contrato de derecho privado. Ya el año 2006 resulta ser aprobada una legislación integral en materia de contratación pública, que recoge diversas leyes dispersas en la materia, homogeniza los criterios en este ámbito y provee una regulación sobre las potestades de la Administración y en especial sobre los modificados contractuales, cuestión que abordaremos desde el punto de vista sustantivo y formal y con especial concatenación a las Directivas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y su transposición en el Reino de España mediante la LCSP 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como forma de visualizar de manera

⁴ **S.C.J., 12 de Julio de 1991, BJ 968, Pág.842** : Considerando: ...Que el tribunal a-quo no violó el artículo 1184 del Código Civil, pues se trata en la especie no de un simple contrato entre particulares sino de la concesión de un servicio público, la cual permite, al Estado, como a cualquier otro organismo estatal, incluyendo desde luego, a los ayuntamientos, a revocar dicha concesión, unilateralmente, sin necesidad de que se dé cumplimiento a la parte in fine del artículo 1184 del Código Civil; **S.C.J. Cas. 7 de marzo de 2001, BJ. 1048, Pág. 41**: Considerando que la concesión de los servicios telefónicos a favor de la recurrente por el Gobierno Dominicano, es un contrato administrativo, considerado de utilidad pública e interés general, sujeto a la vigilancia y tutela del Estado, que esto implica la atribución de ciertas prerrogativas cuyos efectos, salvo situaciones excepcionales, son exorbitantes al derecho común, tanto frente al concesionario como frente a particulares que no han sido partes en el acuerdo de concesión, por lo que se considera que tienen una eficacia erga omnes.

esquemática y ordenada el derecho comparado en conexión con el derecho de la República Dominicana.

2. Fundamento legal de los modificados contractuales en el ordenamiento jurídico dominicano, en las Directivas Europeas y la LCSP 2017.

Los modificados contractuales en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran regulados en diversas disposiciones de la ley 340/06⁵ y en el reglamento de

⁵ **Art. 4.-** Definiciones básicas: (...) Obra adicional o complementaria: Aquélla no considerada en los documentos de licitación ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que dé lugar a un presupuesto adicional. **Art. 31.-** La entidad contratante tendrá las facultades y obligaciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en otra legislación y en sus reglamentos, en los pliegos de condiciones, o en la documentación contractual. Especialmente tendrá: (...) 2) Podrá modificar, disminuir o aumentar hasta un veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original de la obra, siempre y cuando se mantenga el objeto, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público; 3) En la contratación de bienes, no habrá modificación alguna de las cantidades previstas en los pliegos de condiciones; 4) En el caso de la contratación de servicios, podrá modificar, disminuir o aumentar hasta el cincuenta por ciento (50%), por razones justificadas que establezca el reglamento; **Art. 48 párrafo I: Párrafo I.-** Excepcionalmente, y por una sola vez, podrá prorrogarse un contrato de concesión, por un período de hasta el 50% del plazo original, cuando se demuestre que las

aplicación de la ley aprobado mediante decreto 543-12 de fecha 6 de septiembre de 2012⁶, al respecto se advierten lagunas interpretativas respecto su alcance, características, condiciones de ejercicio de la potestad, aunado por el hecho de que los modificados contractuales constituyen una práctica recurrente en nuestro país

En el caso de las Directivas Europeas por primera vez se regulan los modificados contractuales de una manera pormenorizada, a estos fines, puede evidenciarse el artículo 72 de la Directiva 2014/24 UE, de 26 de septiembre de 2014 y el artículo 43 de la Directiva 2014/23, sobre concesiones, legislación traspuesta por la LCSP 2017, de manera especial en sus artículos 203 al 207 y otros articulados conexos como el 242, 290, 191 y 207, entre otras disposiciones.

Estas disposiciones legales que se han suscitado a nivel europeo, desde nuestra óptica resultan ser complejas en su redacción, imbuidas de conceptos jurídicos

condiciones son beneficiosas para el Estado y los usuarios, en cuyo caso se atenderán los procedimientos que indique el reglamento, respetando los principios de esta ley.

⁶ARTÍCULO 127.- Causales de modificaciones y suspensión del contrato: La Entidad Contratante podrá modificar, disminuir o aumentar hasta un veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original de obra y hasta un cincuenta (50%) en el caso de contratación de servicios, siempre y cuando se mantenga el objeto de la contratación, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público.

indeterminados, y que conllevan una notable labor de ponderación, que necesariamente varía caso a caso, en este sentido, resulta difícil tener una certeza normativa sobre el alcance de los modificados contractuales y sus límites.

Amén de las dificultades advertidas en la legislación dominicana, entendemos que, en el caso de la LCSP 2017 resulta aun más complejo apreciar una certeza normativa por los distintos conceptos que subyacen en los modificados contractuales, al amparo de diversas circunstancias que describe la norma, límites cuantitativos y límites cualitativos, tal y como veremos más adelante.

3. Generalidades sobre los modificados contractuales y las limitaciones a su ejercicio, en ocasión del marco legal precitado.

En la legislación dominicana los modificados contractuales encuentran limitaciones en cuanto a su ejercicio, la norma efectúa la distinción de si se trata de un contrato de obra, de servicios, concesión o suministro, y somete los mismos a distintos límites desde el punto de vista cuántico.

En lo relativo al contrato de obra el límite al que ha sido sometido es un 25 %, en el caso de servicios un 50 %, en el caso de las concesiones las mismas podrán prorrogarse excepcionalmente hasta el 50 % del plazo original siempre y cuando se acrediten condiciones beneficiosas para el Estado y los usuarios y en el caso del contrato de suministro o de bienes no habrá

modificación alguna, respecto las cantidades establecidas en los Pliegos.

De cara a los contratos de obras se establece como límite cualitativo el hecho de que se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público, de paso sin alterar el objeto de la contratación⁷.

En el caso de los contratos de servicio no se regulan límites cualitativos al *ius variandi*, sino que, se establece que lo expuesto será objeto de la colaboración reglamentaria, al respecto, cuando analizamos el reglamento de aplicación de la ley 340/06, entiéndase el reglamento 543-12, el mismo no desarrolla los modificados contractuales en materia de contratos de servicios, por lo cual, allí deben entrar en juego los principios de la contratación pública para solventar cualquier déficit interpretativo en dicho ámbito.

Respecto a las limitaciones cualitativas del modificado contractual, la doctrina en lo que respecta al objeto, ha identificado criterios para evitar la alteración y desnaturalización del mismo, por un lado ha establecido la imposibilidad de modificar la naturaleza y del fin del contrato, la imposibilidad de modificar las bases de la convocatoria, la imposibilidad de alterar la naturaleza global del contrato, entre otros criterios, que resultan ser

⁷ De manera recurrente en la práctica de la contratación pública de nuestro país, forma parte de la idiosincrasia de los contratistas de obra que el contrato puede aumentarse en el límite cuántico del 25 %, de manera casi automática y sujeto a pocos requisitos.

un verdadero dolor de cabeza al momento de poner en práctica estos conceptos jurídicos indeterminados al momento de analizar la licitud o ilicitud de un modificado contractual.

Al mismo tiempo, se debe advertir, que en la idiosincrasia de los contratistas las modificaciones nunca operan a la baja, interiorizan que se trata de una especie de derecho adquirido y que el contrato resulta ser inmutable a la baja, sino, todo lo contrario, el modificado contractual se produce al alza⁸.

Por otra parte, y conectando con la necesaria referencia de este trabajo al derecho comparado, debemos indicar que en el ámbito Europeo, las directivas 2014/23 UE y 2014/24 UE recogen las doctrinas establecidas en las sentencias STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta* y la STJUE de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, que establecen que las modificaciones de un contrato público implica la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de selección con la única excepción de que el modificado

⁸ Respecto las modificaciones a la baja, se plantea una problemática y es la relativa al derecho a la indemnización del contratista, de entrada, el artículo 31 párrafo de la ley 340/06, establece que la revocación, modificación o sustitución de contratos por razones de oportunidad, merito o conveniencia, no generará derecho a la indemnización por lucro cesante, es decir, que el único daño susceptible de reparación por las situaciones expuestas, resultaría ser el daño emergente, esta situación será abordada más adelante, de manera concordada del derecho doméstico como el derecho comparado objeto de estudio.

contractual estuviera previsto de manera clara en los Pliegos de Condiciones⁹.

En la LCSP 9/2017 los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público, cuando así haya sido previsto en el Pliego de Condiciones, en los términos regulados en los artículos 204 que regula las modificaciones establecidos en los pliegos y cuando no se haya establecido la posibilidad de modificación en los Pliegos de Condiciones, se modificarán en los términos establecidos en el artículo 205. Se tratan pues, de dos escenarios de modificación contractual distintos, un primer escenario de naturaleza eminentemente contractual, contenido en las bases de la licitación y un segundo escenario que no se encuentra predeterminado en los Pliegos de Condiciones y que son relativos a prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales, como forma de ajuste a la realidad de la ejecución contractual.

⁹ La transposición de estas directivas se ha efectuado mediante la LCSP 9/2017, no siendo objeto de este trabajo entrar en detalles acerca de la correcta o incorrecta transposición de las precitadas directivas, sino, abordar de manera directa la transposición de las precitadas directivas en la LCSP 2017 y proceder a estudiar en la misma los modificados contractuales.

III. EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI, HABILITACIONES PARA SU EJERCICIO, SU CONTEXTO Y RELACION CON OTRAS FIGURAS ANÁLOGAS.

1. La planificación como dogma y presupuesto para petrificar el contrato administrativo.

Por lo general se vincula el ejercicio del ius variandi a la falta de planificación de las Entidades Contratantes, por esto, tanto la normativa dominicana, como la que se ha consolidado a nivel Europeo y de manera específica el caso español, establecen a groso modo que las circunstancias que originan el modificado contractual debieron haber sido imprevisibles.

El poder público se encuentra desbalanceado frente a la operatividad de la planificación, por ejemplo, en el caso de las obras públicas en nuestro país, el uso de la modalidad diseño y construcción ha sido satanizado por el Órgano Rector, entendiéndolo el mismo, que esta modalidad de obras va en contra de dicho principio, según el Órgano Rector, esto debe ser visto como una situación excepcional, dado que se genera incertidumbre, sobrecostos y riesgos no dimensionados al momento de ejecutar el contrato, en síntesis el uso de esta modalidad de contratación conllevaría eventualmente un modificado contractual¹⁰. La

¹⁰ Ver resolución 37/2017 dictada por la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas (DGCP u Órgano Rector) en fecha 21 de agosto de 2017, en ocasión de un procedimiento de investigación, huelga referir el Considerando 52 de la precitada resolución, que indica: Que con respecto a

modalidad de contratación utilizada en el caso en cuestión (Diseño y Construcción), es censurada por el Órgano Rector, muy a pesar de que en los Pliegos Estándares esta había sido una modalidad frecuentemente utilizada y a pesar de que obras públicas de importancia como el muro de los Estados Unidos de Norteamérica se construyen bajo esta modalidad, incluso, algunas obras que se han llevado a cabo en el marco de la cooperación en Latinoamérica.

Huelga destacar, que la mayor parte de las obras de infraestructura en República Dominicana han sido llevadas a cabo bajo la modalidad de diseño y construcción, incluso en el marco de la cooperación internacional o con financiamientos internacionales, que se supone que los requisitos de buenas prácticas deberían ser mayores, pero de repente, a golpe y porrazo un Órgano Rector de las compras y contrataciones públicas, se levanta satanizando esta práctica¹¹.

las dificultades que se crean con posterioridad a la adjudicación, está la problemática para acordar el Proyecto (Diseño) Definitivo, y la variación del precio de la obra ante los hallazgos del contratista en la etapa de estudios, lo que deja a la Administración en un estado de indefensión en cuanto a la obra y el presupuesto, dado que, de conformidad con la norma, las enmiendas no pueden superar el 25 % del monto del contrato original.

¹¹ Por lo general, la elaboración de los diseños definitivos y algunos estudios, se le encarga a los oferentes (quienes históricamente han aceptado este riesgo), pero para evitar costos a oferentes en la elaboración de diseños y estudios, estos costos se han trasladado al adjudicatario. En el eventual caso de un oferente que no resultara adjudicatario y que incurriera en el coste de los estudios y la elaboración de un

Lo cierto es que se observa una tendencia hacia la exacerbación de la planificación o planeación en la contratación pública desde el punto de vista de las consecuencias de la misma¹², y en países con presupuestos limitados en la asignación de recursos para la planificación no es la adecuada, y por lo tanto, exacerbar la planeación desde el punto de vista de las consecuencias de cualquier falla en la misma no es apropiado. Lo expuesto puede constituir una verdadera contingencia legal, social e incluso económica, ya que, no imaginamos el dantesco escenario de jueces anulando todos los contratos del país por incurrir en una falta de

diseño definitivo, podría plantear un reclamo a la Administración de reembolso de los gastos incurridos, en la práctica, este sistema de que los estudios y el diseño definitivo sea asumido por los oferentes para elaborar su oferta, no acarrea ningún problema desde el punto de vista de la igualdad ni asimetría de información y al mismo tiempo implica que tanto el Contratista como la Administración conozca de antemano las contingencias que se pueden derivar del proyecto, constituyendo lo expuesto, un control preventivo del modificado contractual en el cual, el Contratista, conoce de antemano los riesgos, ya que, al haber elaborado los estudios, acepta los riesgos previsibles de los mismos, pues incluso, ha podido estructurar una matriz de riesgo.

¹² SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Tesis Doctoral sobre el contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (España), 25 de febrero de 2010, Pág.412, quien ha llegado a afirmar que la falta de planeación violenta el principio de legalidad

planificación¹³, y luego, aplicando doctrinas descontextualizadas que pretenden que el contrato administrativo se mantenga incólume desde el punto de vista de la modificación de los mismos.

En este contexto de la exacerbación de la planificación y sus consecuencias, Francisco Vásquez Matilla, para el escenario de que exista una planificación pero que de la misma se derive algún error, establece que:

“Aunque un error impida continuar un contrato, ello no habilita por sí solo para que el contrato se modifique. El error debe ser imprevisible para un poder adjudicador diligente. Por ejemplo, si el proyectista olvida incluir el proyecto las escaleras o el ascensor cuando el edificio tiene veinte plantas de altura, es evidente que el contrato no puede continuar y que hay un aspecto imprevisto, pero no existirá imprevisibilidad. Y bien resolvemos el contrato, o bien verificaremos si existen otras opciones como la contratación independiente de las prestaciones afectadas. (...) En definitiva, ante un error de proyecto no imprevisible lo procedente será en la

¹³ En efecto se observan en Colombia unos precedentes jurisprudenciales reforzando la tendencia a declarar la nulidad de contrataciones públicas cuando las mismas violen el principio de planeación. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2007, expediente No. 24715. C.P. Ruth Stella Correa. Consejo de Estado Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013, expediente No. 23829, C.P. Hernán Andrade Rincón. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 21 de agosto de 2014, expediente No. 11001031500020130191900, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

mayoría de los supuestos la resolución del contrato. En apoyo de ello puede citarse el Dictamen del Consejo de Estado 4350/1997, de 6 de noviembre de 1997. En otro caso, se llegaría al absurdo de que todo error puede calificarse de imprevisto que en consecuencia conlleva la posibilidad de modificación contractual¹⁴.

Respecto a los estudios, el Consejo de Estado ha insistido en la necesidad de que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles, que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos y que pueden incidir o incluso alterar las reglas de competencia al variar sustancialmente los contratos¹⁵.

Tal y como hemos expuesto en las ideas centrales de este trabajo, se observa una tendencia hacia el cierre de las opciones de los modificados contractuales, atando los

¹⁴ VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, *La modificación de los contratos públicos*, Editorial Aranzadi S.A, Pamplona (España), 2015, Págs. 159-160. Este mismo autor, comentando el cambio tecnológico ha llegado incluso a indicar que lo que se desprende de la cláusula de progreso es que el concesionario o contratista de obras deberá haber tenido en cuenta en sus previsiones de explotación de la infraestructura el gasto para ponerla al día en términos que la normativa vaya imponiendo, Pág. 169.

¹⁵ Ibid, P. 163, quien cita los Dictámenes del Consejo de Estado 3371/1996, 4765/1997, 1733/2006, de 8 de noviembre y 34/2007, de 1 de febrero. Indica a su vez Vázquez Matilla, fundamentándose en un artículo del periódico el País, de fecha 27 de agosto de 2011: Es curioso ver cómo incluso públicamente las empresas constructoras reconocen que son víctimas de la mala redacción de los proyectos que redacta o contrata la Administración.

mismos a circunstancias muy variadas y diversas, sobre todo, la planificación exacerbada, que es la moneda de nuevo cuño para impedir los modificados contractuales, e incluso, cualquier error imprevisto comportaría como efecto la resolución del contrato o su declaratoria de nulidad, llegando hasta puntos verdaderamente excesivos desde el punto de vista de la concepción de un determinado proyecto, en el cual, se exige un alto grado de minuciosidad en la concepción y redacción del mismo, y para colmo, hasta se debería hasta prever el cambio tecnológico.

Lo sublime ha llegado tan lejos que en ocasión de una opinión consultiva efectuada por una entidad del Estado Dominicano, al Órgano Rector, se le plantea que en ocasión de una situación de emergencia es imposible realizar un presupuesto definitivo y que si en ese contexto aplicaría el artículo 31, numeral 2 de la ley, a lo que el Órgano Rector de manera parca responde que se debe contar con un presupuesto estimado y que el articulado de referencia si resulta aplicable a los contratos de emergencia, lo expuesto constituye una verdadera mordaza para resolver las situaciones acaecidas mediante la emergencia, y al mismo tiempo, una forma de petrificar el contrato a través de un presupuesto estimado, precario o preliminar, que solo podría eventualmente modificarse en un 25 %, esto desnaturaliza por completo el concepto propio de emergencia, situación para la cual, resulta imposible realizar un presupuesto definitivo. Si en un ámbito se precisa del ejercicio de un *ius variandi* no limitado en su intensidad es precisamente en este tipo de ocasiones, cuando por la naturaleza de los fenómenos atmosféricos

resulta imposible evaluar los daños causados¹⁶. Para empeorar las cosas, es necesario acotar que estas situaciones de emergencia que a pesar de que resultan excepciones a la ley, han sido reguladas como verdaderos procedimientos de selección, en los cuales, se impone inclusive, la obligatoriedad de recibir y evaluar ofertas, como si la concurrencia y la competencia fueran más importantes que la solución de las situaciones que se derivan de fenómenos atmosféricos que impactan fuertemente al trópico, y que por lo general, sólo los grandes contratistas tienen las condiciones de equipamiento y técnicas para proveer soluciones inmediatas en los lugares impactados por este tipo de fenómenos, pero, increíblemente, aun en este ámbito, puede más el populismo que el principio de eficiencia, en estos casos el populismo se manifiesta a través de una falsa protección a la competencia, la concurrencia y la planificación exacerbada.

Obviamente, estamos en una presencia de la objetivación de la planificación a unos niveles y estándares nunca antes vistos, al respecto, debemos indicar que per se, no estamos en contra de la planificación como presupuesto de la contratación pública, pero obviamente una planificación con unas exigencias exorbitantes, tal y como ha expuesto el Consejo de Estado en los dictámenes citados, es casi equiparable a la infalibilidad de la Administración, lo cual, conlleva efectos perniciosos desde la perspectiva de la responsabilidad del funcionario, del projectista y del Estado, que realmente son falibles.

¹⁶ Opinión Consultiva DGCP44-2014-000473 de fecha 11 de febrero de 2014.

Al mismo tiempo, se debe advertir que, cuando sobre la base de un determinado proyecto se efectúa un procedimiento de selección y ningún oferente advierte un error o si lo advierten hacen mutis en la etapa de preguntas y respuestas, difícilmente en estos contextos, pueda hablarse de la afectación de la competencia o la concurrencia, dado que, si el procedimiento de selección ha sido participativo, todos han tenido las mismas oportunidades de analizar una documentación pre contractual y efectuar los reparos correspondientes sobre la misma, por lo cual, de verificarse un acta de adjudicación si el procedimiento ha sido participativo, mal podría hablarse de una afectación a los principios de concurrencia y competencia y mucho menos pensar que en estas circunstancias, un modificado contractual podría alterar estos principios.

2. Aspectos sustantivos y formales del ius variandi

Respecto al ius variandi y su alcance existen dos doctrinas identificadas, la primera aboga por no limitar el ejercicio del mismo respecto su intensidad y alcance¹⁷,

¹⁷ ROLLÓN MUÑOZ, JULIÁN, *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, coordinado por Jiménez Aparicio, Emilio, cuarta edición, Aranzadi, 2016, Pamplona (España), Tomo I, Pág. 1409 y 1411, quien cita a García de Enterría, y Fernández Rodríguez, quienes sostienen que desde el punto de vista material no puede haber límites al poder de modificación, tal y como en ocasiones ha señalado la jurisprudencia: Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, al servicio de la comunidad, no pueden quedar comprometidos por un error inicial de la Administración

el segundo plantea ciertos tipos de restricciones respecto al ejercicio de estas potestades¹⁸. En la concepción originaria de la potestad su configuración no fue concebida con limitaciones, sino bajo el prisma del interés general y que el mismo no podía hacerse fracasar por reglas contractuales inmutables¹⁹.

Aunque la existencia de poderes exorbitantes ha sido uno de los elementos que tradicionalmente se han empleado para caracterizar a los contratos

contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenido en cuenta al momento de contratar. En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 1979 *RJ 1979, 3448 que establece que el ius variandi debe interpretarse en sentido extensivo.

¹⁸ Ver en este sentido a CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Contrato Administrativo*, 2005, 2ª edición, Lexis Nexis Argentina, S. A. y Abeledo-Perrot. Buenos Aires (Argentina). Citado por: FARRANDO, I, Et al, *Contratos Administrativos*, 2002, Lexis Nexis Argentina, S. A., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, Pág. 475. FARRANDO, I, Et al. *Contratos Administrativos*, 2002, Lexis Nexis Argentina, S. A., Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), Pág. 235. GORDILLO, AGUSTÍN, *Después de la Reforma del Estado*, El informalismo y la concurrencia en la licitación pública. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina). Pág. 298. Igualmente ver a ROLLÓN MUÑOZ, JULIAN, Opus Cit., P. 1409-1410, quien cita jurisprudencia acerca de establecer límites al ius variandi, la STS de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3433), STS de 25 de septiembre de 1980 (RJ 1980, 3451)

¹⁹RIVERO, JEAN, *Derecho Administrativo*, 2006, Dalloz Ed., París (Francia), traducción de la 9ª edición: Droit Administratif, Pág. 136, quien refiere la primacía del interés general, cuyas exigencias pueden variar con el tiempo, por lo que no se puede hacer fracasar el interés general por reglas contractuales inmutables.

administrativos, el nuevo derecho de la contratación pública europeizado ya no se define en función de las prerrogativas de la Administración, sino del respeto a los principios generales²⁰, en este sentido se observa un cambio de paradigma en la contratación pública que presupone un quiebre de la teoría general sobre la cual fue estructurada la misma y la concepción originaria de las potestades.

Dentro de las tesis que pretenden limitar el alcance del ejercicio de la potestad del *ius variandi*, encontramos por una parte la relativa a los límites cuánticos del *ius variandi* y que en acápites anteriores ha sido abordada. En lo que respecta los límites cualitativos se encuentran las que abordan el alcance de los modificados contractuales desde el punto de vista del objeto, estableciendo la imposibilidad de modificar la naturaleza y del fin del contrato, la imposibilidad de modificar las bases de la convocatoria, la imposibilidad de alterar la naturaleza global del contrato, y las alteraciones sustanciales de los contratos, estos temas son analizados a continuación.

²⁰ GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, "La disciplina de la modificación del objeto del contrato de la ley 9/2017 de contratos del sector público", *Revista Gallega de Administración Pública (REGAP)*, Núm. 55 (enero-junio 2018), Pág. 352. En este sentido la maestra Gallego Córcoles cita a ARIÑO ORTIZ, G., "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007, Pág. 96 y a MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., 2009, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Estudio sistemático, 2.^a ed., La Ley, Madrid, Pág. 63 y ss.

Respecto los modificados contractuales debe en primer lugar tratarse los que están previstos en la documentación contractual, las mismas deben ser claras, precisas e inequívocas. En este sentido, el artículo 72.1 letra a de la Directiva 2014/24/UE establece para el supuesto de las modificaciones establecidas en los Pliegos de Condiciones no se establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o el acuerdo marco.

De esta forma, el concepto de alteración de la naturaleza global del contrato marca un límite sustantivo importante a los modificados contractuales, por ejemplo, el caso de unas obras completamente disociables a las obras inicialmente previstas²¹, o un aumento importante del monto de un contrato con la intención de pagar obras que ya se habían ejecutado y que en su mayor parte eran disociables de las obras previstas en el contrato original y que deberían haber dado lugar a la adjudicación de un contrato separado²².

La validez de una cláusula de modificación no depende exclusivamente de su contenido sustantivo, sino también de la forma en la que es introducida en la documentación contractual, ya que esta puede dotar a la cláusula de oscuridad²³. En este contexto, la jurisprudencia de diversos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, como bien cita Isabel Gallego Córcoles ha delimitado ciertos comportamientos que tipifican estas

²¹ Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 28 juillet 1995, 143438, publié au recueil Lebon

²² Conseil d'Etat, 7 / 10 SSR, du 30 janvier 1995, 151099, inédit au recueil Lebon

²³ GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, Opus Cit, Pág, 365.

cláusulas oscuras, a través de las cuales se pretende ejecutar un modificado contractual que no resulta ser claro en la documentación contractual²⁴

Respecto a los modificados contractuales la legislación en República Dominicana no ofrece regulación relativa a la inclusión de cláusulas de modificación en los Pliegos de Condiciones, pero en el marco del principio de descentralización operativa de las instituciones en la materia de contrataciones públicas, se permite que este

²⁴ Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de fecha 9 de octubre de 2012, RE 057/2012, que establece: Y en segundo lugar, porque el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el PPT constituye un ejemplo de «confusión» entre el contenido del PCAP y del PPT, al ser su ubicación adecuada el PCAP. Hay que recordar, a estos efectos, que el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 TRLCSP, y 68 RGLCAP; y que este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán «declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares», entre otras razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación. En este mismo sentido cita la maestra Gallego Córcoles, Isabel fallos en los cuales indica la jurisprudencia que no reúnen los suficientes elementos de claridad y precisión cláusulas que permiten el modificado contractual en función de la demanda existente (RTACRC de 23 de enero de 2015), o en criterios de eficiencia o calidad (RTACRC de 5 de marzo de 2013), o la eventual referencia a la eventual modernización de los equipos para ampliar el objeto del contrato (ROARC del País Vasco de 24 de octubre de 2014), entre otros fallos.

tipo de cláusulas puedan incluirse en el Pliego de Condiciones. Ahora bien, como la legislación no ofrece una regulación respecto a la inclusión de cláusulas de modificados contractuales en los Pliegos de Condiciones, a los fines de analizar la legalidad de estas posibles cláusulas, entrarían en juego los principios de la contratación pública y los principios de actuación de la Administración al amparo de lo establecido en el artículo 138 de nuestra Constitución.

Respecto a los modificados no previstos en el Pliego de Condiciones es necesario analizar la LCSP 2017, la misma prevé la posibilidad de introducir modificaciones no previstas en los casos de prestaciones adicionales (adición), circunstancias imprevisibles y modificaciones sustanciales, debiendo introducirse únicamente las modificaciones objetivamente necesarias y cada uno de estos supuestos modificadorios comportan baremos distintos, veamos:

- a) En el caso de prestaciones adicionales un 50 % aislado o conjuntamente con otras modificaciones acordadas (IVA incluido).
- b) En el caso de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles un 50 % aislado o conjuntamente con otras modificaciones acordadas (IVA incluido).
- c) En el caso de modificaciones sustanciales considera como sustanciales la introducción de unidades de obras nuevas cuyo importe representaría más del 50 % del presupuesto inicial del contrato, en cambio considera una modificación no sustancial el valor de la modificación que suponga una alteración en la

cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

- d) Por otro lado, se advierte de manera paralela que las modificaciones serán obligatorias para los contratistas cuando la cuantía exceda el 20 por ciento del precio inicial del contrato, de lo que se infiere que ese porcentaje es un umbral del riesgo para el contratista, y que, más allá del mismo no se encuentra en la obligación de aceptar un modificado contractual.

A groso modo, se puede advertir una redacción confusa del artículo 205 de la LCSP 2017, que de cara a los modificados contractuales no previstos en el Pliego de Condiciones introduce diversos criterios habilitantes para la modificación, con supuestos de hecho completamente distintos por los conceptos que refieren cada uno de estos criterios, y desde nuestra óptica ahí se acrecienta un foco de inseguridad jurídica, la propia maestra Gallego Córcoles Isabel lo pone de manifiesto cuando explica que:

“En todo caso, a mi juicio, existe cierto grado de solapamiento entre este supuesto y el relativo a «circunstancias imprevistas», porque, para poder modificar el contrato en virtud de este precepto, es preciso que la prestación adicional «deviniera necesari[a]». Y difícilmente podrá considerarse «nueva»

*una necesidad que, sin ser actual, desde el inicio de la licitación es previsible que surja durante el plazo de ejecución del contrato*²⁵.

Respecto a cada uno de los conceptos que inciden en la delimitación del alcance de un modificado contractual, ya hemos estudiado el concepto de afectación a la naturaleza global del contrato, restando los conceptos concurrentes de inmutabilidad del fin del contrato y de alteración sustancial del contrato; respecto a las circunstancias imprevisibles, al igual que los modificados contractuales previstos en los Pliegos de Condiciones predomina el concepto de que el modificado no afecte la naturaleza global del contrato.

En relación a la inmutabilidad del fin establece Vázquez Matilla que la modificación del contrato deben estar directamente relacionadas con las prestaciones a las que el contratista se obligó, las modificaciones no deben apartarse de las prestaciones y condiciones establecidos para todos los licitadores al tiempo de participar en la licitación, al mismo tiempo insiste en que cabe afirmar el límite infranqueable del *ius variandi* fue, desde el inicio, y sigue siendo hoy, la desnaturalización de la causa y el fin del contrato, frente a este concepto de inmutabilidad del fin, el mismo autor indica, comparando los conceptos de inmutabilidad del fin y alteración sustancial, que el derecho europeo demanda la extensión del concepto de alteración sustancial más allá de la inmutabilidad del fin. Existirá alteración sustancial si existe una renegociación de las condiciones esenciales, o de cambios que hubieren hecho concurrir a otros licitadores o que se pudieran

²⁵ Ibid, Pág. 368

haber presentado ofertas sustancialmente distintas, para el Derecho europeo una modificación sustancial es una nueva adjudicación directa ilícita, continúa indicando, en España hasta el dictado de la Ley de Economía Sostenible todo modificado estaba permitido, aunque existiese una alteración sustancial²⁶.

Respecto a los conceptos alteración de la naturaleza global del contrato y alteración sustancial, el propio Vázquez Matilla no efectúa distinciones sobre estos conceptos, sino que, se limita a indicar que la nueva Directiva 2014/24 introduce un nuevo concepto, el de alteración de la naturaleza global del contrato, cuestión que tampoco parece clara en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, que se centra más en el concepto de alteración sustancial del contrato, a pesar de que este concepto luce ser concurrente con el de alteración de la naturaleza global del contrato, así el mismo ha determinado que:

- a) Una enmienda, incluida la que extiende un acuerdo de delegación de servicio público, no puede cambiar el propósito de la Delegación. Por lo tanto, no es posible utilizar una enmienda para poner a cargo del delegado (concesionario) inversiones conducentes a la construcción de una obra disociable²⁷ a partir de estructuras ya

²⁶ VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, Opus Cit. Pág. 171, 172 y 174.

²⁷ Ver que en los fallos Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 28 juillet 1995, 143438, publié au recueil Lebon y Conseil d'Etat, 7 / 10 SSR, du 30 janvier 1995, 151099, inédit au recueil Lebon, también se recurre al concepto de disociable para describir una alteración a la naturaleza global del contrato.

construidas, debido a su coste y autonomía funcional (véase el Dictamen CE n. 362 908 de 16 de septiembre). Así, si el contrato inicial era exclusivamente para instalaciones de ascensores. Un corredor no puede hacer que el delegado sea responsable de diferentes inversiones, como aquellas para permitir la fabricación de nieve a un costo considerable. (b) Una enmienda no puede modificar sustancialmente uno de los elementos esenciales de la delegación (delegación del servicio público), como su duración o el volumen de las inversiones cargadas al delegado (ver Opinión de la Sección de Finanzas del Consejo de Estado No. 364 803). de 8 de junio de 2000). (c) Finalmente, una enmienda no puede tener el propósito de realizar inversiones que normalmente son responsabilidad de delegado, como las inversiones en renovación de plantas. De hecho, el delegado debe garantizar el mantenimiento de las instalaciones y entrega de equipos en buen estado de funcionamiento al final del contrato (ver CE 20 de marzo de 1942 La viuda Lady Bastit, Rec. p. 92 o 12 de mayo de 1942. Municipio de Luc-en-Diois Rec. p. 148)²⁸.

- b) Para garantizar el cumplimiento de esos principios, las partes en un acuerdo de delegación de servicio público no pueden, mediante una simple enmienda, realizar cambios sustanciales en el contrato mediante la introducción de condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, podría

²⁸ Conseil d'Etat, Section des travaux publics, Avis no 371.234, 9 avril 2005.

haber llevado a la admisión de otros candidatos o a presentar una oferta distinta a la del adjudicatario; que no pueden, en particular, modificar el objeto de la delegación ni realizar un cambio sustancial en el equilibrio económico del contrato, como resultado de sus elementos esenciales, como la duración, el volumen de las inversiones o las tarifas²⁹.

Una vez analizado el escenario europeo respecto los modificados contractuales, es obligatorio estudiar el tema de referencia en nuestra legislación, al efecto, hemos advertido en la misma varias causales de modificados contractuales, tales como, obras adicionales, modificaciones por circunstancias imprevistas, modificaciones en los contratos de servicios, descritas en el artículo 31, numerales 2, 3 y 4. Para el caso de obras se admiten los modificados contractuales hasta un 25 % del monto del contrato (modificar, disminuir y aumentar), siempre y cuando se mantenga el objeto, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles al momento de la contratación, el segundo que impide modificaciones en lo relativo al contrato de suministro, el tercero que permite el modificado en un 50 % de los contratos de servicios (modificar, disminuir y aumentar); respecto los contratos de servicios y en lo relativo a las concesiones, se admitirán excepcionalmente sus prorrogas.

Paralelamente a estos conceptos ordinarios de modificación de los contratos públicos se observan los

²⁹ Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 09/03/2018, 409972, Publié au recueil Lebon.

conceptos de obras adicionales³⁰ y la obligación del mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, obviamente, ambos comportan una naturaleza jurídica distinta, pero en términos materiales puros y duros, constituyen a su vez modificados contractuales.

Respecto las obras adicionales, entendemos las mismas como un concepto autónomo que habilita una modificación contractual, así ha sido previsto el mismo en la ley 340/06 y fuera del marco ordinario descrito en el artículo 31 de la misma, ya que, la naturaleza de unas obras adicionales tal y como su definición establecida en el artículo 4 de la ley 340/06 se tratan de aquellas obras no consideradas en los documentos de licitación ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que dé lugar a un presupuesto adicional. El concepto de obra adicional no ha sido regulado en lo que respecta su intensidad, por lo tanto, el alcance de las mismas resultaría ser indeterminado de cara a la satisfacción de las obras que resulten ser indispensables,

³⁰ Conseil d'Etat, juil, 2016, Ste Artellia Ville et Transport. En relación con diversos litigios atinentes a reclamos por trabajos adicionales y la imputación del pago de su costo, el Consejo de Estado ha definido estos trabajos como aquellos no previstos en el contrato, pero que resultan ser necesarios para desarrollar la obra conforme su funcionalidad y que son imputados al maestro de la obra bajo el entendido de que esos trabajos aporten una plusvalía a la obra en relación con el valor previsto en la contratación. Conseil d'Etat, 13 mai, 2015, Stés Gallego et Temsol no. 380863, Conseil d'Etat, 14 oct 2015, Sté, SNT Petroni, no, 384749, Incluso las obras adicionales han sido reconocidas en contratos de obras con precios alzados.

en este ámbito, de obras adicionales, los organismos de control interno y externo deben ser más rigurosos, con la finalidad de evitar que a través de obras adicionales desnaturalicen el objeto de los contratos y se puedan filtrar circunstancias imprevisibles, que ameritan el régimen ordinario del modificado contractual establecido en el artículo 31 de la ley 340/06³¹ y que probablemente sobrepasen el umbral establecido por la misma (umbral del 25 % para el caso de obras y 50 % para el caso de servicios)³², aunque existan algunas tendencias que no compartimos que explican que estos umbrales resultan ser umbrales de riesgo para el contratista, que no estará en la obligación de aceptar los mismos en caso de sobrepasarlos, con lo cual, se desnaturalizaría la norma, siendo más aceptable, que para circunstancias imprevisibles, no se hubiera previsto ningún tipo de

³¹ Desde un punto de vista semántico, identificamos este régimen como ordinario, en razón de que es el régimen de uso más común en la contratación pública de la Republica Dominicana, incluso, en acápites anteriores hemos indicado que una modificación a la alza en un 25 % es algo usual y de entrada no pecaminoso en la idiosincrasia del funcionario y del contratista, cuyo único filtro ético radicaría en que los trabajos se hubieran ejecutado, al margen de que estemos en una investigación científica, la idiosincrasia de los actores del sistema es una realidad crucial, por lo cual, mínimamente ha de ser referenciada.

³² En cualquier modificado contractual debe quedar claramente establecida la base legal del modificado, para evitar que la causal de circunstancias imprevisibles, debidamente reguladas en el artículo 31 de la ley y que presentan un umbral de un 25 %, sean erróneamente calificadas como obras adicionales, puesto que, para las obras adicionales no existen limitaciones desde el punto de vista cuántico en nuestra ley 340/06.

umbral, finalmente, para aceptar esta interpretación, debería ser modificada la ley.

Respecto estos articulados, se observan en nuestro país una pobre doctrina científica en la materia, aunque puede advertirse una incipiente jurisprudencia en la materia, que de no haber sido porque el Órgano Rector dicta menos de cien (100) resoluciones de conflictos por año, con unos retrasos marcados de dos años para la solución de fondo de una controversia y un año para el dictado de una medida cautelar, quizás los precedentes serían más ejemplificadores y variados.

A pesar de estas precariedades, debemos destacar, que esta jurisprudencia incipiente sobre los modificados contractuales, ha iniciado a marcar un hito en un naciente derecho de la contratación pública, veamos:

a) *Resolución 11/2014:*

- *Ayuntamiento de Santo Domingo Norte. Prórroga de un contrato de concesión, debe acreditarse que las circunstancias son beneficiosas para el Estado y los usuarios. Alcance del derecho de prórroga hasta un 50 por ciento del plazo originario. En la especie ni se trata de una concesión ni mucho menos se depositaron documentos que demuestren las condiciones favorables al momento de decidirse la prórroga. La especie constituye un contrato de servicios, por lo cual el Ayuntamiento en virtud del principio de legalidad, no podía pactar cláusulas de prórroga para este tipo de contratos, de conformidad con el principio de vinculación positiva de la administración.*

- *Renovación de un contrato. Renovación que se produce bajo nuevas condiciones de valor y plazo. Alcance de la potestad de ius variandi, el Ayuntamiento violentó el principio de legalidad cuando incrementa, sin aparente justificación la retribución estipulada en el contrato originario y cuando reduce el perímetro del contrato (contrato de recolección de desechos).*
- *Cláusulas de renovación no son válidas, salvo que sean de concesiones (res. 11/2014).*

b) *Resolución 39/2013.*

- *Distingue entre la renovación de un contrato y un nuevo contrato, en la especie, establece el Órgano Rector que estamos en presencia de un nuevo contrato, realizado al margen de los procedimientos de selección, en virtud de que se extiende el tiempo de vigencia del contrato de 2 a 5 años y se incrementa el valor de las prestaciones del contrato sin aparente justificación.*
- *Contrato que incluye una cláusula de renovación previo consentimiento. Dicha cláusula es contraria a los principios y objetivos de eficiencia, transparencia, igualdad, competencia y protección efectiva del interés y orden público de las compras y contrataciones públicas, esto no constituye una modificación de los contratos originales, sino, nuevos contratos.*

c) *Opinión consultiva DGCP44-2013 de fecha 9 de octubre de 2013.*

- *Una entidad del Estado efectuaba un interrogante respecto los contratos de servicios suscritos antes de la ley 340/06, con respecto a la posibilidad de renovación prevista contractualmente o no prevista contractualmente, estableciendo el Órgano Rector de manera tajante que: No pueden ser renovados aquellos contratos que fueron adjudicados, contratados y ejecutados con anterioridad a dicha ley, no pueden ser renovados con el argumento de que los mismos fueron convenidos estando vigentes otra normativa.*
- *En el contexto de la pregunta anterior, la misma entidad del Estado, formula una interrogante en el sentido de que sucedería respecto estos contratos que prevén esta cláusula de renovación automática al momento de la llegada del término, tomando en cuenta que el derecho común es supletorio del Derecho Administrativo y si esta cláusula sería válida, respondiendo el Órgano Rector de la siguiente manera: En esencia la Administración actúa sometida en cada momento al principio de legalidad, ya que la legalidad administrativa es dinámica no estática. De ahí que una obligación de la Administración derivada de una cláusula que fuera conforme al ordenamiento en el momento de su otorgamiento, puede posteriormente, como en el caso, convertirse en contraria a la legalidad en caso de que se opere un cambio legislativo. Eso se denomina invalidez sobrevenida³³.*

³³ La solución habría sido más elegante si en puridad de derecho sugiere una declaratoria de lesividad para todos estos actos, a los fines de que sean impugnados en la jurisdicción contenciosa administrativa, mientras tanto, entendemos, que

Con respecto a los modificados contractuales en sus aspectos sustantivos, refiérase a la naturaleza imprevisible del modificado, no se advierte en nuestra doctrina una fuente dogmática que haya tratado el tema, por lo general, nuestros tratadistas abordan el mismo desde la óptica prístina de las potestades exorbitantes al derecho común, como nota distintiva del contrato administrativo. Sin embargo, el esfuerzo realizado a nivel del derecho comparado, para distinguir las diversas alteraciones al objeto del contrato, el alcance de las mismas, la admisibilidad de un modificado, las diversas concepciones finalistas del objeto y la aplicación de los principios generales de la contratación pública, confluyen en un lenguaje común que es el de una materia especializada en el derecho administrativo, complementada por la teoría de las finanzas públicas, del derecho al medio ambiente, la economía, la contabilidad, la sociología y otras ciencias, configurando un verdadero derecho transversal que se asemeja en cierta medida al derecho del consumo.

Finalmente, queremos indicar que nuestros textos legales, resultan ser mucho más simples que la LCSP 2017, y cargados de una menor dogmática, por lo tanto, la crisis hermenéutica comporta una menor entidad, de

el efecto de lo pactado con anterioridad a la ley resulta ser eficaz hasta tanto el Tribunal se pronuncie sobre la declaratoria de lesividad. Paradójicamente, la DGCP violentando el principio de los actos propios con estas opiniones consultivas, declaró inadmisibile una impugnación a un contrato suscrito antes de la entrada en vigor de la ley 340/06 por tratarse de derechos adquiridos, en aplicación del artículo 77 de la misma ley.

cara al derecho español de los contratos públicos y en relación al derecho europeo de la contratación pública en general, máxime en una nación en la cual, desde el punto de vista cultural, existe una idiosincrasia respecto los modificados contractuales, en la que se concibe que la modificación hasta un 25 % resulta ser lícita y permitida, al margen de los límites sustantivos para el control de los modificados.

3. Derecho a la indemnización de los contratistas en ocasión de los modificados contractuales y mecanismos de control por el ejercicio de la potestad

Ambos temas son tratados bajo un mismo epígrafe debido a que, a través de estos mecanismos e institutos se ejercen los contrapesos para el ejercicio de los modificados contractuales. De entrada, urge establecer que, en cuanto al tema de la responsabilidad de la administración, no solamente en el ámbito de su actividad contractual, sino también en sentido general, se observa una tendencia perniciosa que busca erigir una Administración que funja como garante de todo tipo de riesgos, prácticamente sustituyendo el rol normal de un empresario. Ya en cuanto, a los mecanismos de control, tanto en el caso doméstico como europeo, entendemos que los mismos resultan ser adecuados, y en algunas ocasiones, pueden ser excesivos.

De entrada, debemos establecer que nuestra legislación establece en su artículo 31 párrafo establece que: La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización por concepto de lucro

cesante. Esta opción legislativa es por la cual ha optado nuestro legislador, que desde nuestra óptica resulta correcta y congruente con los postulados de la ley 107/13, que de manera general aboga por una responsabilidad subjetiva, salvo los supuestos, que en ámbitos especializados reconozcan los poderes públicos como objetiva, siendo esto, una potestad de exclusiva configuración legal, aunado al hecho de que, nuestra Constitución, exclusivamente en materia de protección al medio ambiente, reconoce el único supuesto de responsabilidad objetiva, no estableciendo ningún otro, ni siquiera, en materia de protección al consumidor.

Lo expuesto ha sido objeto de debate por parte de la doctrina y las posiciones encontradas son diversas, una parte de la doctrina estimatoria del lucro cesante, establece que no reconocer el mismo, resulta ser contrario al principio de justicia y en especial, al de justicia contractual y el derecho de propiedad, sin embargo, otra parte de la doctrina desestimatoria del lucro cesante, establece la negativa de proceder a la reparación por lucro cesante argumentando el principio general de responsabilidad en derecho civil es la responsabilidad por falta, las reglas de responsabilidad de la Administración han sido desarrolladas por leyes especiales y si estas leyes no reconocen el instituto del lucro cesante, no pueden aplicarse las reglas del derecho privado, ausencia de una regla constitucional que eleve a un derecho fundamental la reparación integral de un daño por la actividad administrativa³⁴, finalmente

³⁴ CFR COLOMBRES GARMENDÍA, *Procedencia de la indemnización del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, 2009, Ediciones RAP S.A., Colección Thesis, Buenos Aires

entendemos que es el legislador a quien corresponde modular el alcance del instituto de la reparación del daño, máxime en ámbitos en los cuales los particulares, en escenarios análogos en derecho privado no se ha generalizado una responsabilidad objetiva, y difícilmente obtendrían una reparación por lucro cesante por riesgos que son usuales en su actividad empresarial, en síntesis, el Estado moderno, prácticamente se ha convertido en una especie de asegurador de todos los riesgos que implica una actividad empresarial seria.

Por su parte, en el derecho español de la contratación pública, el tema de las indemnizaciones por ejercicio de un modificado contractual se ha zanjado de manera simple: a) Si no es posible ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactos, y no resulta posible modificarlo bajo los términos establecidos en los artículos 204 y 205 de la LCSP, concurre una causa de resolución, teniendo derecho el contratista a una indemnización de un 3 % del importe de la prestación dejada de realizar b) En el caso del artículo 242 de la LCSP relativo al contrato de obras, la modificación que suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

(Argentina), Págs. 63-107, quien efectua una labor de síntesis de las distintas posiciones doctrinales sobre el tema, encontrándose dentro de la doctrina negativa Marienhoff, Comadira y Graciela Reiriz y dentro de la positiva Barra, Biachi y Cassagne, al mismo tiempo analiza el instituto de la responsabilidad en el derecho comparado, en Estados Unidos, Reino Unido, Francia y España.

Pasando a los órganos de control, en el caso doméstico, y para el supuesto específico de modificados contractuales, existen varios órganos de control, internos y un externo, que funcionan como un verdadero contrapeso en esta materia: i) Por una parte la Contraloría General de la República, quien lleva a cabo un rol significativo en materia de registro de contratos (art. 7 numeral 6 de la ley 10-07), siendo las disposiciones, recomendaciones o medidas de control interno que emita la Contraloría General de la República de aplicación inmediata y obligatoria y su no aplicación constituirá un desacato (art. 7 párrafo de la ley 10-07), y la interacción de la Contraloría con los controles políticos y sociales, ii) Respecto el Órgano Rector (Dirección General de Contrataciones Públicas); tiene facultad de investigar de oficio un modificado contractual, de instruir una solicitud de investigación, una acción directa de un interesado en contra de un modificado contractual o una denuncia, y en virtud de las decisiones o jurisprudencia constantes de este Órgano, el mismo tiene unos poderes oficiosos en cualquiera de estos procedimientos, poderes oficiosos que, han sido criticados por la doctrina local, cuando los mismos son ejercidos en ocasión de una impugnación³⁵, además de que este Órgano puede suspender un contrato en ejecución y declarar la nulidad de un procedimiento de selección (cuestión que una parte de la doctrina entiende se encuentra reservado a los tribunales); iii) La Dirección

³⁵ FERMÍN CABRAL, MANUEL, *Apuntes en torno al recurso especial en sede administrativa en materia de contratación pública*, octubre 2017, Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana International, Santo Domingo (República Dominicana), P. 1129.

General de Presupuesto, que debe velar porque las apropiaciones presupuestarias se ejecuten conforme a la Ley de Presupuesto General del Estado, apropiaciones que en el caso de los contratos y sus modificaciones debe existir una cobertura para efectuar ese devengo; y iv) Por último, las funciones de la Cámara de Cuentas, que constituye un órgano Extra Poder y constitucionalmente establecido, y que incluso, posee habilitación legal expresa, instituida por la ley 10-04 para declarar la responsabilidad del funcionario. Todo este tinglado de contrapesos, debería ser un sistema completo y efectivo a favor del combate a la corrupción y en especial, en contra de los modificados contractuales que desnaturalicen la finalidad de los mismos.

En el caso de la LCSP 2017 el principal medio efectivo para el control de los modificados contractuales ilegítimos radica en el recurso especial en materia de contratación pública, al amparo de lo establecido por el artículo 44.2, por entender que la modificación debió de ser objeto de una nueva adjudicación, esto en principio, no limitado a los contratos sujetos a regulación armonizada al amparo del 44.1, los deberes de publicidad de los modificados contractuales, por último, la posibilidad de que la Comisión inste un procedimiento de incumplimiento contra el Estado por vía del artículo 258 TFUE.

IV. CONCLUSIONES

Los modificados contractuales resultan complejos para todos los actores del sistema, por la importancia de los bienes jurídicos que pueden comprometerse con los mismos, aparte de que, el ejercicio abusivo de los

modificados ha conllevado una legislación reactiva y que parte del principio de mala fe de los actores del sistema (servidores públicos, funcionarios, proyectistas, contratistas, sub-contratistas, políticos, lobistas, entre otros), sin contar con la desacreditada fama que presentan los modificados para el morbo de la población, motivado en serios escándalos de corrupción en los cuales se evidenciaban sobrecostos exorbitantes y claros comportamientos restrictivos a la competencia.

Bajo esta lógica, el populismo entiende como adecuado este tipo de reacciones legislativas, cuando quizás, la fiebre no está en la sábana, sino en un paciente denominado Estado y su sistema burocrático y los actores que operan el mismo y en su idiosincrasia y para los cuales, un cambio legislativo, muy probablemente represente una dificultad que tarde o temprano será sobrepasada con soluciones creativas que terminan desnaturalizando el cambio legislativo.

En una época donde la corrupción se vislumbra como el flagelo de nuestras democracias y donde cada día ganan cuerpo movimientos políticos alternativos que no proponen absolutamente nada y donde los políticos tradicionales están desprestigiados por la corrupción, muy a pesar de presentar avances y conquistas para sus pueblos, se prohija una marisma de partos legislativos que son mercadeados como la solución al tema de la corrupción, cuando quizás el cambio, presupone un cambio de mentalidad y esto comienza por nuestros sistemas educativos y la formación en valores.

Dentro de estos cambios legislativos, la Unión Europea, y los países que la integran (en especial España y Francia

que son nuestros principales referentes en derecho comparado), han dictado normas de cara a la transposición de las Directivas de la Unión Europea 2014/23 y 2014/24, en el caso del Reino de España ha transpuesto las precitadas directivas mediante la comentada LCSP 9/2017, en la que se regulan los modificados contractuales. Desde nuestra óptica, la precitada regulación resulta ser compleja, e involucra diversos baremos y conceptos de cara a los modificados contractuales, los cuales, resultan ser difíciles de comprensión y abren las puertas a un sin número de interpretaciones fundamentadas en conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo, los conceptos de alteración de la naturaleza global del contrato, inmutabilidad del fin del contrato y alteración sustancial del contrato, que si bien es cierto, la jurisprudencia ha llevado a cabo una labor encomiable, no por esto dejan de existir dudas en conceptos que resultan ser concurrentes.

Por otra parte, se observa una tendencia a erigir la planeación como moneda de nuevo cuño en la contratación pública y como panacea al combate de todos los males que presenta la misma, si bien es cierto, la planeación o planificación constituyen un arma poderosa para evitar la improvisación, no menos cierto es el hecho de que se vislumbra una tendencia jurisprudencial inflexible, que plantea como prisma la declaración de nulidad de los contratos que no estén fundamentados en una planificación previa, lo cual, para países subdesarrollados como el nuestro, declaraciones generalizadas de nulidad de contratos, supondrían un caos, parálisis en múltiples proyectos constructivos, reclamos en responsabilidad y una afectación grave a la

actividad económica que pende en gran medida del sector construcción y las obras públicas.

En el caso europeo, su jurisprudencia siempre a la vanguardia, se ha centrado de manera especial en los modificados contractuales, ejemplo evidente de lo expuesto, son los casos *Succhi di Frutta* y *Pressetext*, el contenido emblemático de sus fallos ha sido recogido en las directivas precitadas, cuya transposición ha sido efectuada, estas decisiones insisten en la previsión de los modificados contractuales en los Pliegos de Condiciones y en que los mismos estén previstos de una manera clara, evitando, como bien indica la maestra Isabel Gallego Córcoles, la famosa cláusula de oscuridad.

A diferencia de Europa, en el caso de nuestra legislación, no existe regulación sobre la inserción de los modificados contractuales en los Pliegos de Condiciones, pero si se observa una regulación de las obras adicionales, los modificados por circunstancias imprevisibles, la obligación de mantenimiento del equilibrio económico del contratista, y otros institutos afines. En la legislación europea los modificados contractuales se encuentran contenidos en la LCSP 2017 en los artículos 204 al 207, junto a otras normas conexas, en ellas se establecen diferentes causales de modificado, como las prestaciones adicionales, circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles y modificaciones sustanciales, estas causales tienen una correspondencia en nuestra legislación, como hemos citado en este párrafo, aunque debamos admitir que las mismas han conllevado una regulación más detallada que el caso del derecho dominicano.

En el derecho dominicano, se observa una jurisprudencia incipiente en materia de modificados contractuales, que abre el tema a la discusión en la comunidad jurídica y la sociedad en términos generales, y en la cual, el Órgano Rector ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los modificados contractuales, muy en especial la renovación de los contratos, supuestos en los cuales, se han producido renovaciones al margen de los procedimientos de selección, constituyendo lo expuesto, una verdadera adjudicación, entendemos que, esta incipiente jurisprudencia ha de marcar las pautas del tema objeto de debate.

Finalmente, respecto los contrapesos a los modificados contractuales, hemos tratado lo relativo a la indemnización del contratista, contrastando la legislación dominicana y la española, respecto las cuales, ambos modelos de responsabilidad lucen ser adecuados. Como segundo punto de contrapeso a los modificados contractuales, hemos abordado lo relativo a los mecanismos de control, tanto en el caso dominicano, como el español, entendemos que los controles resultan ser funcionales y suficientes: i) En el caso dominicano se observa un Órgano Rector con unas potestades omnímodas, sin importar el tipo de procedimiento que se trate (investigación de oficio, investigación a instancia de parte e impugnación), así como otras instituciones, quizás igual o más importantes, como la Contraloría, la Dirección General de Presupuesto y la Cámara de Cuentas, que influyen en los contrapesos del sistema, y que han sido precedentemente abordadas en el marco del Sistema de Gestión Financiera y sus instituciones, ii) En el caso Europeo se observa la obligación de publicidad de los modificados, una Directiva de Recursos que tiene

como efecto la accesibilidad y eficiencia del sistema de recursos en materia de contratación pública, dotando el mismo de practicidad para los justiciables.

En definitiva, al margen de la confrontación de criterios que ha supuesto esta investigación, entendemos que las discusiones que se han desarrollado en la misma, contribuyen al fortalecimiento de nuestra democracia y nuestras instituciones, sobre todo, en los sistemas de compras públicas, los cuales, deben ser dotados de normas más simples, inteligibles para el ciudadano que no es experto en estos temas, y plantear una profunda revisión de nuestras normas, con el ánimo de simplificar y desburocratizar las compras públicas, que cada día más el monstruo de la burocracia asecha tragarse la operatividad del Estado, cuando recientemente, hasta para comprar un pasaje de avión para un funcionario, en el caso de República Dominicana, debe pedirse una autorización al Ministerio de la Presidencia y populistamente se aboga para que las PYMES mujer se involucren en este negocio, pero a simple vista, olvidamos, como un particular compra un pasaje aéreo, cuestión muy simple, en un mundo globalizado e interconectado.

V. BIBLIOGRAFIA

Libros

- Code de la Commande Public, 2019, 1er Edition, Dalloz, Paris.

- COLOMBRES GARMENDÍA, *Procedencia de la indemnización del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, 2009, Ediciones RAP S.A., Colección Thesis, Buenos Aires (Argentina).
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires (Argentina), Ediciones Depalma, año 1987,
- FARRANDO, I. Et al. *Contratos Administrativos*, 2002, Lexis Nexis Argentina, S. A., Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina).
- FERMÍN CABRAL, MANUEL, *Apuntes en torno al recurso especial en sede administrativa en materia de contratación pública*, octubre de 2017, Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Editorial Jurídico Venezolana International, Santo Domingo (República Dominicana)
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMON, *Curso de Derecho Administrativo*, 2008, Editorial Aranzadi, Madrid (España), Decimocuarta edición, Tomo I.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Después de la Reforma del Estado. El informalismo y la concurrencia en la licitación pública*, 2ª ed. Buenos Aires (Argentina)

- RIVERO, JEAN, *Derecho Administrativo*, 2006, Dalloz Ed., París (Francia), traducción de la 9ª edición: Droit Administratif.
- ROLLÓN MUÑOZ, JULIÁN, *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, 2016, coordinado por Jiménez Aparicio, Emilio, Aranzadi, cuarta edición, Pamplona (España), Tomo I
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Tesis Doctoral sobre el contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho*, 25 de febrero de 2010, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (España).
- VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, *La modificación de los contratos públicos*, 2015, Editorial Aranzadi S.A, Pamplona (España).

Sentencias, Dictámenes y Resoluciones:

- S.C.J., 12 de Julio de 1991, BJ 968, P.842
- Conseil d' Etat, 7 /10 SSR, du 28 juillet 1995, 143438, publié au recueil Lebon
- Conseil d'Etat, 7 / 10 SSR, du 30 janvier 1995, 151099, inédit au recueil Lebon
- S.C.J. Cas. 7 de marzo de 2001, BJ. 1048, P. 41:

- Conseil d'Etat, Section des travaux publics, Avis no 371.234, 9 avril 2005
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2007, expediente No. 24715. C.P, Ruth Stella Correa.
- Consejo de Estado Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013, expediente No. 23829, C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Opinión Consultiva DGCP44-2014-000473 de fecha 11 de febrero de 2014.
- Resolución DGCP 11/2014 dictada por la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas (DGCP u Órgano Rector) en fecha 12 de marzo de 2014
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 21 de agosto de 2014, expediente No. 11001031500020130191900, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas
- Conseil d'Etat, 13 mai, 2015, Stés Gallego et Temsol no. 380863
- Resolución 37/2017 dictada por la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas (DGCP u Órgano Rector) en fecha 21 de agosto de 2017.

- Conseil d'Etat, 14 oct 2015, Sté, SNT Petroni, no, 384749
- Conseil d'Etat , juil, 2016, Ste Artellia Ville et Transport.
- Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 09/03/2018, 409972, Publié au recueil Lebon

Páginas Web y Revistas

- GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, "*La disciplina de la modificación del objeto del contrato de la ley 9/2017 de contratos del sector público*", Revista Gallega de Administración Pública (REGAP), Núm. 55 (enero-junio 2018).
- <https://www.bancomundial.org/es/country/dominicanrepublic/overview>





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

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 2613/2016, DE 9 DE JUNIO. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL

D^a Marta Alarcón del Pico

Doble grado en Derecho- Relaciones Laborales y Recursos
Humanos Universidad Complutense de Madrid

Resumen: Este Trabajo de Fin de Grado consiste en un comentario de la STS de 9 de junio de 2016, referida al delito de imposición de condiciones ilegales a los trabajadores, encuadrado dentro del artículo 311 del Código Penal, apartado primero. Para ello, se lleva a cabo un análisis del precepto mencionado, dedicando especial atención al estudio del bien jurídico protegido en dicho artículo, los sujetos que deben participar, la conducta típica que se debe desarrollar y el tipo subjetivo requerido. Además, se añade la diferenciación entre ilícito penal e ilícito administrativo, necesaria para entender qué jurisdicción debe resolver este caso concreto, así como para comprender mejor la cuestión analizada. Posteriormente, se procede a hacer un comentario de la sentencia que nos atañe, empezando por el relato de los hechos probados, la argumentación

de las partes, los motivos del recurso y los problemas que plantea, para finalizar con la toma de postura.

Para la elaboración de este trabajo me he basado en la doctrina aportada por diversos autores, así como explicaciones encontradas en revistas jurídicas y comentarios del artículo 311 mencionado anteriormente, sustentado con jurisprudencia del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales.

Palabras clave: imposición, engaño, situación de necesidad, norma penal en blanco, “maquinaciones o procedimientos maliciosos”, ilícito penal, ilícito administrativo.

Abstract: This thesis aims to analyze and explain the Spanish Supreme Court Judgment of 9th of June 2016, referred to the offense of imposing illegal conditions to workers, contained on art. 311 (1) of the Spanish Criminal Code. For that, there is an analysis of the mentioned legal disposition, paying special attention on the study of the protected legal right, as well as the subjects who must participate to fulfill the criminal definition of the article, the illicit conduct which must carry out and the subjective illicit required in the disposition. Furthermore, it is added the difference between the criminal offence and the administrative definition, required to understand which jurisdiction is competent to judge the specific case, as well as better understanding the concrete question. Moreover, this thesis carries on developing the legal framework of the same Judgment starting with describing the proven facts of the case, the allegations of the Parties involved, the reason of the appeal and the issues which the appeal

poses, concluding this analysis taking part of the arguments alleged in the judgment.

For the developing of the thesis, I have based in the doctrine provided by several authors, as well as publication in legal journals and commentaries to the named article relied on the Provincial and Supreme Court's case law.

Key words: imposition, deception, need situation, blank criminal law, "malicious machinations or procedures", criminal offense, administrative illicit.

Sumario: I. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 311 CP. 1. BIEN JURÍDICO. 2. SUJETOS. 2.1. SUJETO ACTIVO. 2.2. SUJETO PASIVO. 3. CONDUCTA TÍPICA. 3.1. IMPONER. 3.2. MODALIDADES COMISIVAS. 3.3. RESULTADO TÍPICO. 3.4. RELACIONES CONCURSALES. 4. TIPO SUBJETIVO: DOLO Y ÁNIMO DE PERJUDICAR. 5. ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO. III. COMENTARIO DE LA SENTENCIA. 1. HECHOS PROBADOS. 2. FALLO. 3. MOTIVOS DEL RECURSO. ARGUMENTACIÓN DE LAS PARTES. 4. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA SENTENCIA. 5. TOMA DE POSTURA. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

I. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 311 CP

El Título XV del Libro II del Código Penal, rotulado como "De los Delitos contra los Derechos de los Trabajadores" ha sido una de las modificaciones introducidas en el actual Código Penal de 2015, compilando con ello una serie de preceptos que se encontraban dispersos en el

antiguo Código de 1973 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre). En concreto, el artículo objeto de análisis, el 311 CP, sería una concreción del art. 499 bis del anterior Código.

De acuerdo con la nueva formulación del artículo 311 CP: *"Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:*

1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual".

1. BIEN JURÍDICO

Uno de los elementos más importantes a definir y que más controversia genera, es la determinación de cuál es el bien jurídico que protegen los delitos del Título XV del Código Penal, en general, y del art. 311 CP, más concretamente.

Si atendemos a la rúbrica de dicho Título, *Delitos contra los Derechos de los Trabajadores*, parece estar clara la intención del legislador en cuanto a que el bien jurídico objeto de protección consista en los derechos de los trabajadores.

Sin embargo, su determinación es más compleja y encontramos dos teorías de acuerdo con la doctrina. Aquellos, que defienden que se trata de un bien jurídico

de naturaleza colectiva y, aquellos otros, que sostienen que su naturaleza es individual.

Por un lado, la teoría apoyada por la mayoría de la doctrina, señala que se trataría de un bien jurídico colectivo, entendido como los derechos de los trabajadores dentro de un colectivo social de trabajador. Estos autores consideran la existencia de unos intereses pertenecientes a una clase social. Por tanto, hay que apreciar que afecta al conjunto de trabajadores por cuenta ajena, que “intervienen en el mercado de trabajo en condiciones de inferioridad respecto de los empresarios”¹, lo que determinaría que el bien jurídico protegido derivase de una relación laboral. De acuerdo con BAYLOS GRAU/ TERRADILLOS BASOCO, “No se protege a los trabajadores en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino a la fuerza de trabajo”².

De la misma opinión encontramos a VILLACAMPA ESTIARTE, quien considera que ha resultado determinante la decisión del legislador de rubricar de esta forma el Título, puesto que supone así “el reconocimiento de la existencia de una determinada clase social, los trabajadores por cuenta ajena, que

¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 19, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 31.

² BAYLOS GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal del Trabajo*, Ed. Trotta, Madrid, 1990, p. 49.

intervienen en el mercado de trabajo en condiciones de inferioridad respecto de los empresarios”³.

Para BLANCO LOZANO⁴, igualmente, nos encontramos ante “auténticos intereses supranacionales pertenecientes a la categoría de los intereses difusos del orden socio-económico”, entendiendo por tanto que nos encontramos ante un bien jurídico de naturaleza colectiva y no individual que estaría protegiendo dos facetas esenciales de la libertad de acuerdo con PEDREIRA GONZÁLEZ, “la libertad de decisión y la libertad de obrar”⁵.

Sin embargo, entender este bien jurídico como colectivo nos conduce ante un problema respecto a la redacción del precepto, ya que el art. 311 CP se refiere también al contrato de trabajo individual, lo que podría llevarnos a la situación de que en una misma empresa, una conducta del empresario fuese considerada delito respecto a un trabajador y que respecto a otro que ocupe la misma categoría laboral y desempeñe las mismas funciones no sea constitutiva de infracción porque en el contrato

³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., en *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PARTS, F., 9ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1141.

⁴ BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II. El sistema de la Parte Especial. Volumen 2. Delitos contra bienes jurídicos colectivos*, Ed. J.M Bosch Editor, Barcelona, 2005, p.63.

⁵ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M^a., en *Delito contra los derechos de los trabajadores (I)*, en *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, AA.VV., Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 225.

individual de un trabajador se introdujo una cláusula de mejora de las condiciones laborales o de SS y en el del otro trabajador no se hizo.

De la opinión de que estamos ante un bien jurídico individual encontramos a ORTUBAY FUENTES⁶, quien defiende que el trabajo por cuenta ajena es una actividad que no se puede separar de la persona que lo realiza, de forma que cada trabajador individual resulta afectado cada vez que se lesionan sus derechos. Para esta autora, no cabe duda acerca del significado social de la relación de trabajo, pero esos intereses sociales no deben ser contemplados en el injusto penal que estamos tratando.

En cuanto a la postura jurisprudencial, en palabras de ORTUBAY FUENTES “resulta llamativo que apenas refleje el debate de la doctrina acerca del carácter individual o colectivo del bien jurídico”⁷. Sin embargo, sí podemos encontrar referencias en la STS de 21 de diciembre de 1987, donde parece inclinarse hacia la teoría de que nos encontramos ante un bien jurídico colectivo, ya que se dirige al trabajador “ya no sólo como persona común, sino en tanto pertenece a un sector del mercado de trabajo”.

La misma idea se recalca también en sentencias posteriores, como la STS de 3 de marzo de 1993, refiriéndose a “la protección del trabajador en cuanto tal, esto es, no ya como persona común e individual a la vez,

⁶ ORTUBAY FUENTES, M., Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, pp. 163 y 164.

⁷ ORTUBAY FUENTES, M., Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 114.

sino como miembro perteneciente al mercado de trabajo” o la STS de 7 de marzo de 1996 que afirma que el bien jurídico protegido por estos delitos sería “la estabilidad en el empleo”.

1. SUJETOS

1.1 SUJETO ACTIVO

Siguiendo lo expuesto por ORTS BERENGUER/ GONZÁLEZ CUSSAC⁸, en cuanto a la determinación del sujeto activo, se pueden encontrar dos posturas destacadas. De una parte, aquellos autores que defienden que se trata de un delito especial en sentido estricto, entendido como “aquellos que no pueden ser cometidos por cualquier persona, sino por aquella persona que reúna unos determinados requisitos normativamente precisados”, por tanto, la persona que tenga la capacidad para contratar, sin recaer necesariamente esta condición en la figura del empresario. Por otro lado, aquellos que afirman que es un delito especial propio, pensado como aquel delito que requiere, además, “la concurrencia de una determinada cualidad personal”, y que, por lo tanto, únicamente puede recaer en la figura del empresario.

La mayor parte de la doctrina entiende que la segunda postura sería la correcta, debido a la referencia expresa en dicho precepto a las disposiciones legales y al Convenio Colectivo como instrumentos que determinan los derechos

⁸ ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 306.

de los trabajadores. Atendiendo a esta referencia, la autoría del delito correspondería al empresario, conceptualizado dentro del marco del art. 1.2 ET⁹, como “todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior – el trabajador-.”. De este precepto podemos extraer que la figura del empresario puede recaer tanto en una persona física, como en una persona jurídica, y no es extraño que en la práctica recaiga sobre la segunda, puesto que es cada vez más común que las empresas se constituyan como una sociedad anónima, recayendo la figura del empresario en el conjunto de los socios¹⁰.

De esta opinión es PEDREIRA GONZÁLEZ, quien además añade que “estaríamos ante la autoría única, cuando el sujeto cualificado realizase el hecho por sí sólo, o coautoría cuando se realice conjuntamente por varios sujetos cualificados”¹¹.

Sin embargo, la referencia en el art. 311.1 CP al contrato de trabajo individual como instrumento igualmente válido para determinar las condiciones laborales de los trabajadores, permite la confusión comentada y por tanto,

⁹ Así lo expresa BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., en AA.VV., *Comentarios al Código penal, segunda época*, dir. COBO DEL ROSAL, M., tomo X (vol. I), Ed. CESEJ, Madrid, 2006, p. 220.

¹⁰ Como lo aprecia ORTUBAY FUENTES, M. Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 51.

¹¹ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M^a., Delito contra los derechos de los trabajadores (I), en *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, AA.VV., ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 228.

que una parte de la doctrina entienda que se podría ampliar la concepción de sujeto activo a cualquier individuo con capacidad de contratación, aun cuando no actúe “en nombre o representación de quien sí la tiene, sea persona física o jurídica, en cuyo caso le será de aplicación lo dispuesto en el art. 31 CP, respecto a las actuaciones en nombre o representación de otro”¹².

De esta opinión es GARCÍA VALDÉS, quien afirma que se trata de un delito especial puesto que “pueden cometerlo los empresarios o personas que tengan por cualquier título trabajadores a su servicio”¹³.

Añade también ARROYO ZAPATERO que no cabría una reducción de la autoría exclusivamente a la figura del empresario, sino “a quien tenga un poder efectivo de resolución a los efectos de concertar las condiciones de trabajo o para alterarlas a posteriori”¹⁴. Además, este autor remarca que, en caso de considerarse que únicamente recaería sobre la figura del empresario, quien no tenga tal distinción únicamente podría ser inductor, cooperador o encubridor, no pudiendo ser coautor.

Asimismo, la jurisprudencia defiende mayoritariamente la postura de que se trata de un delito especial. Entre ella, encontramos la SAP Valencia de 23 de julio de 2004, que afirma que “se requiere desde el lado activo un patrono o empleador que da trabajo, entendiéndose ello en el sentido

¹² BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., en AA.VV., Comentarios al Código penal, segunda época, dir. COBO DEL ROSAL, M., tomo X (vol. I), Ed. CESEJ, 2006, Madrid, p. 221.

¹³ GARCÍA VALDÉS, C., Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 3ª edición, Ed. Edisofer, Madrid, 2017, p. 194.

¹⁴ ARROYO ZAPATERO, L., Manual de Derecho Penal del Trabajo, Ed. Praxis, Barcelona, 1988, p. 27.

más amplio posible, es decir, tanto el empresario individual como el social, de naturaleza civil o mercantil y en definitiva cualquier persona que dé empleo a otra”.

2.2 SUJETO PASIVO

En cuanto al sujeto pasivo del delito, en principio no hay duda en que es el trabajador por cuenta ajena, si atendemos a la literalidad del precepto, puesto que habla de “trabajadores a su servicio”, a los que se impongan esas condiciones laborales o de Seguridad Social perjudiciales o restrictivas de los derechos que tengan reconocidos.

Para identificar qué se entiende por trabajador debemos acudir a la legislación laboral, más concretamente al art. 1.1 ET, del que se pueden extraer las cuatro características principales que debe cumplir para entenderse englobado dentro de la aplicabilidad del Estatuto y, por ende, dentro de la relación laboral por cuenta ajena necesaria para su aplicabilidad en el ámbito penal. Esto ha sido confirmado también por la SAP Valencia, de 20 de diciembre de 2017, estableciendo que “El concepto de trabajador hay que buscarlo en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores que sitúa como elemento central y definitorio de la relación laboral la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”.

Entre estas características destacamos, que se trate de una *relación personal*, a cuya realización se compromete de forma personal el trabajador; *voluntaria*, aunque el trabajador se vea movido por causas económicas, el sometimiento a la relación laboral debe ser realizado

voluntariamente; *por cuenta ajena*, debiendo existir un intercambio de una prestación económica por parte del empresario, a cambio de una prestación laboral por parte del trabajador; y *dependiente*, es decir, el trabajador debe estar sometido al poder de organización y dirección de otra persona, física o jurídica.

A pesar de la literalidad del precepto refiriéndose al sujeto pasivo del delito y partiendo del extenso debate acerca de la naturaleza del bien jurídico protegido, encontramos respecto a este elemento, una gran disputa acerca de si el trabajador debe ser entendido como un sujeto individual o colectivo.

Para la mayoría de la doctrina, como VILLACAMPA ESTIARTE¹⁵ O MORILLAS CUEVA¹⁶, entre otros autores, los delitos del Título XV, en tanto protegen un bien jurídico colectivo, consideran al trabajador como un sujeto colectivo, parte de la clase trabajadora.

Para GONZALEZ CUSSAC, el sujeto pasivo aparece integrado en una "colectividad difusa de trabajadores"¹⁷, esto quiere decir que no sería la sociedad en general, pero tampoco podría ser considerado un trabajador en

¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., en *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F., 9ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1141.

¹⁶ MORILLAS CUEVA, L., en *Derecho Penal español. Parte especial*, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 633.

¹⁷ GONZALEZ CUSSAC J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 530.

particular. Sería pues “el conjunto de los trabajadores o el trabajador como miembro de este colectivo”¹⁸.

Esto queda también afirmado en la STS 3 de marzo de 1993, cuando declara que “se protege al trabajador (...) como operario que labora, que trabaja y que actúa profesionalmente en el amplio círculo de las empresas, las industrias y los negocios en sentido general”.

De estas afirmaciones se extrae también que si consideramos al sujeto pasivo englobado dentro de una colectividad, como es la clase social trabajadora a la que nos venimos refiriendo, se tendrá que apreciar un único delito con independencia de los trabajadores que resulten afectados y no se podrá aplicar la figura del delito continuado previsto en el art. 74 CP, “dando lugar a situaciones concursales únicamente cuando, además se vean afectados intereses individuales del trabajador concreto afectado”¹⁹ pues, en caso contrario, podría darse el supuesto que se mencionaba en el análisis del bien jurídico.

¹⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 19, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 43.

¹⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., en AA.VV., *Comentarios al Código penal*, segunda época, dir. COBO DEL ROSAL, M., tomo X (vol. I), Ed. CESEJ, 2006, p. 221.

3.CONDUCTA TÍPICA

Atendiendo a la literalidad del precepto estudiado, la conducta típica recaería directamente sobre el verbo *imponer*, lo que ha generado un gran debate acerca de su significado e interpretación. Sin embargo, el precepto establece también la modalidad comisiva a través de la cual se debe llevar a cabo esta imposición "*mediante engaño o abuso de situación de necesidad*", por lo que conviene estudiar estos dos elementos a los que se hace referencia.

3.1. IMPONER

La conducta típica descrita en el art. 311.1 CP gira en torno al amplio concepto de *imponer* y al debate generado por distintos autores en sus diferentes interpretaciones.

Una parte de la doctrina ha entendido, sobre todo en referencia al artículo predecesor del 311.1 CP (art. 499 bis CP/73), que imponer implica una acción llevada a cabo mediante amenazas o de forma violenta. Así lo afirmaba la STS de 15 de marzo de 1990, al precisar que la expresión *usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos* del art. predecesor es "una expresión amplia y abierta que puede comprender cualquier medio comisivo en el que se utilice la violencia, la amenaza, la coacción, el engaño u otro ardid semejante". Sin embargo, con la actual formulación del precepto esta situación es insostenible, puesto que de ser llevado a cabo de esta forma estaríamos hablando de la

modalidad comisiva recogida en el art. 311.3 CP²⁰. Así lo pone de manifiesto la STS de 5 de abril de 2017 al afirmar que “se trata de una situación situada extramuros de los conceptos jurídicos de violencia o intimidación, que, de concurrir, integrarían el subtipo agravado del art. 311-3º”.

Acudiendo a la RAE, encontramos que la definición del verbo imponer sería “poner carga, obligación u otra cosa”, y como sinónimos encontramos “obligar, constreñir, compeler”, por lo que se podría entender, de acuerdo con ORTUBAY FUENTES²¹, que con la imposición de una conducta se obliga al trabajador a cumplir o soportar las condiciones de trabajo dictadas por el empresario o aquella persona con capacidad para ello.

Asimismo, BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SAGGESE sostienen que la expresión imponer debe entenderse como “obligar al trabajador a aceptar unas condiciones laborales o de SS que perjudiquen sus derechos”²².

Por otro lado, ORTUBAY FUENTES resalta que hay que tener en cuenta que la palabra *imposición* representa tanto la Acción como su efecto por lo que “la forma verbal

²⁰ Así lo sostiene VILLACAMPA ESTIARTE, C., en Comentarios al Código Penal Español, tomo II, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F., 9ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1144.

²¹ ORTUBAY FUENTES, M., Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 325.

²² BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S., Derecho Penal Económico, 2ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 684.

puede describir no solo una conducta sino también el resultado de ésta”²³. De acuerdo con esto, estaríamos ante un “delito instantáneo pero de efectos permanentes”²⁴, que se consuma cuando se imponen las condiciones perjudiciales pero que no finaliza ahí, sino que continúa mientras lo hagan dichas condiciones durante la vida de la relación laboral, puesto que, en caso de no existir esta permanencia, se podría entender que la supresión de derechos no ha sido efectiva y por tanto, no constituye un delito.

En cuanto a la jurisprudencia procedente del TS, son escasas las sentencias que aclaran el determinado significado del verbo imponer, sobre todo respecto del tipo señalado en el art. 499 bis CP/73, puesto que, como afirma ORTUBAY FUENTES “A partir de la entrada en vigor de la LO 10/80, el conocimiento y fallo de los delitos tipificados en el art. 499 bis devienen competencia de los Jueces de Instrucción y contra sus sentencias solo procede apelación ante la AP²⁵. Sin embargo, sobre la nueva redacción de este tipo penal tampoco encontramos extensa pronunciación del TS, lo que podría deberse a que los trabajadores no suelen denunciar este delito hasta que se ha disuelto la relación laboral, por lo

²³ ORTUBAY FUENTES, M., Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 325.

²⁴ De esta opinión encontramos también a ARROYO ZAPATERO, L., en Manual de Derecho Penal de Trabajo, Ed. Praxis, Barcelona, 1988, p. 31.

²⁵ ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 328.

que “aunque durante la vigencia del contrato se hayan vulnerado condiciones de trabajo no relacionadas con la estabilidad, ésta se ve afectada por el despido”²⁶, de acuerdo con la autora citada.

3.2 MODALIDADES COMISIVAS

Establece el art. 311 CP, que debe actuarse “mediante engaño o abuso de situación de necesidad”, lo que implica, de acuerdo con ORTUBAY FUENTES²⁷, “una restricción de los modos de comisión, es decir, una específica modalidad de actuación”, o en este caso, dos modalidades de actuación.

De acuerdo con BAYLOS GRAU/ TERRADILLOS BASOCO²⁸, el art. 499 bis CP/73 exigía en su apartado primero imponer las condiciones ilegales mediante *maquinaciones o de forma maliciosa*. Esto ha sido contemplado por muchos autores en la nueva redacción del delito al que nos venimos refiriendo, sin embargo, la norma en sí establece dos modalidades comisivas en la conducta típica, que deben darse indudablemente para que se entienda cometido el delito del 311.1 CP. Estas modalidades son, como se ha señalado, el engaño o el

²⁶ *Ibidem*

²⁷ ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 324.

²⁸ BAYLOS GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal del Trabajo*, Ed. Trotta, Madrid, 1990, p. 70.

abuso de una situación de necesidad y fuera de ellas, no cabría observar esta infracción.

En cuanto a la primera modalidad comisiva, el engaño, se entiende que sustituye a la utilización de *maquinaciones o procedimientos maliciosos* citada anteriormente. Esta modalidad exige que el sujeto activo provoque en el pasivo un consentimiento viciado a través del cual, el trabajador accede a las condiciones que le son perjudiciales. Esto, de acuerdo con BENÍTEZ ORTÚZAR, determinaría que los requisitos son similares a los exigidos en el delito de estafa, sin embargo, en éste último se exige que “el engaño provoque un error en el sujeto pasivo que le lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, mientras que el del 311.1, es necesario que el trabajador acepte iniciar una relación laboral con unas condiciones laborales perjudiciales”²⁹, puesto que ha sido sometido al engaño por parte del empresario. Por lo tanto, en este último caso se trataría de un consentimiento viciado y no de una ausencia de consentimiento como ocurre en el caso del delito de estafa.

Por otro lado, en cuanto al abuso de situación de necesidad, es necesario exigir un comportamiento malicioso por parte del sujeto activo, puesto que, como indica PEDREIRA GONZÁLEZ³⁰, se entiende que la

²⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., en AA.VV., *Comentarios al Código penal*, segunda época, dir. COBO DEL ROSAL, M., tomo X (vol. I), Ed. CESEJ, Madrid, 2006, p. 229.

³⁰ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M^a., Delito contra los derechos de los trabajadores (I), en *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, AA.VV., Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p.238.

situación normal del mercado de trabajo ya implica de por sí una situación de necesidad, puesto que existe un desequilibrio en el mercado que hace necesario tener un trabajo para poder subsistir. En consecuencia, el empresario debe valerse de una especial situación de necesidad del asalariado y, además, querer aprovecharse de ello conociendo las circunstancias personales del trabajador. Por lo tanto, se ha de demostrar la efectiva situación de desigualdad entre las partes de la relación laboral. Así lo afirma igualmente BENÍTEZ ORTÚZAR, al considerar que para determinar si existe abuso de la situación de necesidad hay que analizar “no tanto la desigualdad real entre trabajador y empresario dada por el mercado laboral, sino la realidad contextual del trabajador”³¹, entre la que encontramos su situación económica, edad, familia, sexo, ignorancia de la legislación española o de las condiciones contractuales, entre otras.

Además, para MUÑOZ CONDE³², el trabajador debe conocer el carácter perjudicial e ilegal de las condiciones que está aceptando, sin embargo, al no tener otro remedio, presta su consentimiento.

Esto debe diferenciarse del estado de necesidad que determina el art. 20.5 CP, según el cual “estarán exentos

³¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., en AA.VV., *Comentarios al Código penal, segunda época*, dir. COBO DEL ROSAL, M., tomo X (vol. I), Ed. CESEJ, Madrid, 2006, p. 231.

³² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20^a edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 307.

de responsabilidad penal: 5º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto o que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”, puesto que en este caso no se da un estado de necesidad sino una situación, entendiéndose por ello que se prolonga temporalmente y no se trata de algo “puntual”. Esta puntualización viene además contemplada en la STS de 5 de abril de 2017, al afirmar que “en modo alguno la situación de necesidad puede equipararse con la eximente del art. 20 CP que actúa como causa de justificación que hace desaparecer la ilicitud penal. Se trata de dos expedientes de distinta naturaleza e intensidad, que operan en esferas distintas”.

3.3 RESULTADO TÍPICO

Según confirma ORTUBAY FUENTES³³, es mayoritaria entre la doctrina la idea de que nos encontramos ante un “delito de resultado”, que el legislador describe como la imposición de condiciones laborales o de SS que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, Convenio Colectivo o contrato individual. Así se establece también en la STS de 21 de diciembre de 1987, cuando hace

³³ ORTUBAY FUENTES, M., Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 409.

referencia a que se trata de “un delito de resultado que, como tal, se consuma una vez producido el perjuicio previsto en el precepto, esto es, cuando se hubiesen suprimido o restringido los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidos a los trabajadores por las disposiciones legales”.

Esto hace que sea necesario determinar cuáles son las condiciones laborales o de SS que deben resultar perjudicadas o suprimidas para que se dé ese resultado dañoso, además de qué derechos son los que los trabajadores tienen reconocidos en las fuentes mencionadas en el precepto. En cuanto a estos últimos, la doctrina está de acuerdo en que son aquellos previstos en el art. 4 ET, derechos protegidos tanto en condiciones ordinarias de trabajo como en especiales.

Hay que tener en cuenta, también, que dada la descripción del art. 311.1 CP nos encontramos ante una norma penal en blanco, puesto que el precepto remite expresamente a derechos que tengan reconocidos los trabajadores en disposiciones legales, Convenios Colectivos o al contrato individual, no concretando y acotando qué derechos deben ser suprimidos o perjudicados para que se dé este delito. En este sentido, el precepto no hace referencia a cualquier derecho que las leyes puedan otorgar a los trabajadores, sino aquellos que se les reconozcan por su condición de trabajador. Además, debemos tener en cuenta el principio de mínima intervención, que exige reducir el ámbito del derecho penal a aquellas restricciones de derechos laborales y de SS más esenciales. Por ello, parece que el precepto hace una remisión clara al art. 3.1 ET que establece las fuentes de la relación laboral.

Por lo tanto, por disposiciones legales entendemos tanto las leyes laborales y de SS en sentido estricto, como las normas de rango inferior a la ley, los decretos -decretos-ley y decretos legislativos-, que desarrollan estas normas más generales. Entre las leyes a las que debemos tener como referencia destacamos el Estatuto de los Trabajadores, como principal normal laboral, así como la Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Ley General de la Seguridad Social.

Por Convenios Colectivos debemos entender, como afirma MORILLAS CUEVAS, “el resultado de las negociaciones desarrolladas por los representantes de los trabajadores y de los empresarios”³⁴. Por tanto, el legislador ha querido ampliar el marco de protección a las relaciones colectivas del trabajo, ya que, como señala ORTUBAY FUENTES, “en el ámbito de las condiciones de trabajo, la autonomía colectiva sustituye a la autonomía individual”³⁵.

Por contrato individual, MORILLAS CUEVAS entiende “el negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la creación de una relación jurídico-laboral constituida por el cambio continuado entre una prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial”³⁶. Esta es una de las novedades introducidas en este artículo respecto al anterior, constituyendo la tercera fuente del derecho a la que hay que recurrir para

³⁴ MORILLAS CUEVA, L., en Derecho Penal español. Parte especial, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 635.

³⁵ ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 447.

³⁶ MORILLAS CUEVA, L., Derecho Penal español. Parte especial, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 635.

establecer esa imposición ilegal de condiciones, como viene contemplado en el art. 3.1.c) ET. Sin embargo, aunque el legislador intente ampliar el ámbito de tutela, según MUÑOZ SÁNCHEZ, “su ámbito de eficacia queda limitado, ya que el contrato individual tiene un carácter complementario de las normas legales y de los convenios colectivos”³⁷. A esto habría que añadirle, la disposición legal del art. 3.1.c) ET que determina que “en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos”, además que no poder disponer de los derechos reconocidos en ambas fuentes del derecho³⁸.

3.4. RELACIONES CONCURSALES

Se desprende de lo que dice MUÑOZ SÁNCHEZ³⁹, que podemos encontrar dos problemáticas distintas en cuanto a relaciones concursales se refiere respecto a este delito. Cabría distinguir entre aquel caso en el que se imponen condiciones ilegales a varios trabajadores y,

³⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo” en Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 19, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008 p. 100.

³⁸ Artículo 3.5 ET.

³⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo” en Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 19, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 115.

aquel otro, en el que dicha imposición de condiciones ilegales lesiona, además, otros intereses distintos a los derechos laborales.

Respecto al primer supuesto, habría que atender a lo expuesto respecto del bien jurídico y determinar si estamos ante un caso en el que deban existir tantos delitos como trabajadores afectados por dicha imposición o habría que llevar a cabo una unificación de delitos y considerar que solo existe uno. Por lo tanto, si entendemos que el bien jurídico que protege este precepto es un interés colectivo, referido al conjunto de los trabajadores como clase social, estaremos ante un delito único, ya que el titular del delito no es el trabajador individual sino el conjunto de ellos y, por tanto, "existiría una sola lesión al bien jurídico protegido"⁴⁰.

En cuanto al segundo supuesto, si se dañan otros bienes jurídicos distintos a los protegidos en el precepto estaremos ante un concurso de delitos. Esto puede darse en el caso de que, a consecuencia de la imposición de esas condiciones de trabajo perjudiciales, se produzca un daño patrimonial al trabajador, como nos pone de manifiesto BENÍTEZ ORTÚZAR⁴¹. En este caso, se estará afectando a bienes jurídicos de naturaleza distinta. De un lado, un bien jurídico individual -el patrimonio del

⁴⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., "El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo" en Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 19, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 35.

⁴¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., en AA.VV., Comentarios al Código penal, segunda época, dir. COBO DEL ROSAL, M., tomo X (vol. I), Ed. CESEJ, 2006, p. 243.

trabajador-, y de otro, un bien jurídico colectivo –los derechos de los trabajadores-. Se podría dar el caso, por tanto, de un delito de estafa recogido en los arts. 248 y ss CP en concurso con un delito contra los derechos de los trabajadores recogido en el art. que estamos tratando, en el caso de que mediante engaño se lleve a cabo ambas situaciones, o un concurso de este último con el delito de simulación de contrato del art. 251.3⁴².

Respecto a la posible concurrencia con un delito de falsedades documentales de los arts. 390 y ss CP, la doctrina, de acuerdo con BENÍTEZ ORTÚZAR, unánimemente se ha pronunciado a favor de considerar la “existencia de un concurso ideal de delitos en el caso de que la materialización del engaño requiera una confección falsaria de algún documento”⁴³.

En cuanto al debate que se generó en torno al art. 499 bis CP/73 acerca de si existiría concurso de delitos o concurso de normas, parece aclarado con la actual elaboración del CP. De acuerdo con la opinión de MUÑOZ SÁNCHEZ, no cabría apreciar un concurso de normas puesto que estos delitos mencionados protegen bienes jurídicos diferentes y, además, si únicamente se aplicase el art. 311 CP, basándose en el principio de especialidad, se estaría otorgando más privilegios a la simulación de

⁴² MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 19, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 116.

⁴³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., en AA.VV., *Comentarios al Código penal*, segunda época, dir. COBO DEL ROSAL, M., tomo X (vol. I), Ed. CESEJ, Madrid, 2006, p.243.

un contrato de trabajo frente a la establecida en otro tipo de contrato puesto que la pena prevista para el 311 es menor que la prevista para el delito de falsedad documental del 251.3 CP. Y si, en caso contrario, se aplicase el delito de falsedad documental, se “dejaría de valorar la lesión de los derechos de los trabajadores, que no tengan contenido económico”⁴⁴.

También es necesario señalar el caso en el que se impongan las condiciones de trabajo perjudiciales para el trabajador mediante el uso de violencia o intimidación, aunque en éste caso es clara la postura de la doctrina de negar la existencia de un concurso de delitos con el de amenazas, puesto que viene ya contemplado en el art. 311.4 CP como una modalidad agravada del tipo básico del art. 311.

4. TIPO SUBJETIVO: DOLO Y ÁNIMO DE PERJUDICAR

La nueva exigencia de modalidades comisivas introducida en el art. 311.1 CP pone fin al debate causado respecto del artículo que le precedía, art. 499 bis CP/73, acerca de si requería o no un elemento subjetivo del tipo, además del dolo, para entender cometido el delito. Esto se debe a que en la anterior redacción de la infracción se exigía el *uso de maquinaciones o procedimientos maliciosos*, siendo

⁴⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo”, en Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, núm. 19, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 117.

necesario el ánimo de perjudicar al trabajador, como señala ORTUBAY FUENTES⁴⁵. La desaparición de este adjetivo, sustituido por la necesidad de imponer las condiciones laborales mediante *engaño o abuso de situación de necesidad*, ha simplificado la interpretación del precepto pero todavía surgen dudas sobre la posible exigencia de elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo natural.

Para ORTUBAY FUENTES “el sujeto activo debe ser consciente de que está interfiriendo o anulando la voluntad del trabajador, sirviéndose del engaño o abuso de necesidad para que el sujeto pasivo soporte condiciones laborales inferiores a las que legalmente le corresponden”⁴⁶. Esta autora afirma, junto con gran parte de la doctrina, que se trata de dolo directo, aunque no rechaza la posibilidad de que se dé dolo eventual, pese a la dificultad de imaginar estos supuestos. Sin embargo, para BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SAGGESE el dolo requiere “el conocimiento y voluntad referidos a la imposición de condiciones y que estas condiciones perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores, siendo suficiente el dolo eventual”⁴⁷.

⁴⁵ ORTUBAY FUENTES, M., Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 399.

⁴⁶ ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 400.

⁴⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª Edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 687.



También cabe destacar, que PEDREIRA GONZÁLEZ⁴⁸ estima poco razonable apreciar el error de tipo o error de prohibición, ya que se entiende que el empresario llamado a asumir responsabilidades referentes a su empresa no puede desconocer aspectos esenciales de su gestión.

5. ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO

La diferenciación entre ilícito penal e ilícito administrativo, es decir, entre delito e infracción administrativa, ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina desde FEUERBACH⁴⁹ o GOLDSCHMIDT⁵⁰, hasta nuestros días. El problema de su distinción se plantea por primera vez con la llegada del Estado libertad, según afirma MORILLAS CUEVA⁵¹, y desde entonces va adquiriendo cada vez más importancia debido a la creciente actividad administrativa del Estado.

Actualmente, es mayoritaria entre la doctrina la idea que sostiene que no existe diferencias ontológicas y que la única distinción entre ambos puede encontrarse en

⁴⁸ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M^a., en Delito contra los derechos de los trabajadores (I), en Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores, AA.VV., Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 253.

⁴⁹ Citado por ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 297.

⁵⁰ Citado por BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2^a Edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 86.

⁵¹ MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 34.

consideraciones formales. Así lo afirma BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SAGGESE⁵² cuando establece que la única diferencia es el órgano que las aplica. De esta forma, se entendería como ilícito administrativo la infracción castigada por órganos administrativos, “en virtud de la facultad gubernativa de la Administración y conforme a una reglamentación procesal administrativa”. En cambio, estaremos ante un ilícito penal, si dicha infracción está castigada por “los Tribunales de Justicia, en virtud del *ius puniendi* y conforme a la LECrim”. Además, para QUINTERO OLIVARES⁵³ “La Administración no posee una potestad sancionadora autónoma, pues ello la convertiría en juez y parte, sino una capacidad de autotutela”.

Sin embargo, no solo encontramos diferencia en el órgano que las aplica, también hay que tener en cuenta las consecuencias jurídicas. A pesar de que en muchas ocasiones las sanciones administrativas son más cuantiosas que las multas penales, únicamente el Derecho Penal puede establecer penas privativas de libertad, así lo establece el art. 25.3 CE⁵⁴. Además, el art. 34.2 CP establece la premisa de que no se repuntarán penas “las multas y demás correcciones que,

⁵² BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 88.

⁵³ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2010, p.59.

⁵⁴ El artículo 25.3 CE establece que “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados”.

Para determinar cuándo hay que considerar una conducta objeto de una infracción administrativa o penal, muchos autores recurren a la determinación del grado de lesividad que provoque la conducta delictiva. Así lo determina BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE al afirmar que “el legislador debe operar conforme al principio de subsidiariedad y recurrir a la sanción administrativa, en lugar de a la infracción penal, cuando la perturbación social se pueda subsanar mejor con una sanción administrativa que con una pena”⁵⁵. Por tanto, podemos extraer que solo será adecuada la sanción administrativa cuando, por su escasa lesividad o escasa peligrosidad de la conducta, no sea necesario acudir al ilícito penal. Para ello, podemos recurrir a los arts. 7 y ss LISOS que determinan qué acciones serán consideradas leves, graves o muy graves y con ello determinar la jurisdicción competente. En este caso concreto, habría que tener en especial consideración los apartados quinto, sexto y décimo del art. 7 LISOS⁵⁶, encuadrado dentro de las infracciones consideradas como graves.

⁵⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 88.

⁵⁶ De acuerdo con este artículo, “Son infracciones graves:

5. La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 ET.

6. La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, sin acudir a los

Además de todo esto, el Derecho Penal se rige por una serie de principios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la diferencia entre ilícito penal y administrativo. En primer lugar, nos encontramos con el principio de legalidad, entendido como la imposibilidad de que el hecho pueda ser considerado como delito si una ley anterior no lo ha calificado como tal⁵⁷, de esta forma se debe dar una interpretación restrictiva de los tipos cuando el ilícito penal no se diferencie en nada del administrativo. Como señala VILLACAMPA ESTIARTE, “será por ello que el CP no admite la comisión imprudente de estos delitos, salvo el no establecimiento de medidas adecuadas de seguridad e higiene”⁵⁸. Este principio se puede definir en relación con el principio de proporcionalidad, en base al cual “la gravedad de la pena debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto”⁵⁹. En segundo lugar, el principio de culpabilidad exige que la pena se base en la comprobación de que la conducta puede ser atribuible a su autor, de acuerdo con MORILLAS

procedimientos establecidos en el artículo 41 o en el artículo 82.3 ET.

10. Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 ET”.

⁵⁷ MORILLAS CUEVA, L. en *Derecho Penal español. Parte especial*, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.108

⁵⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., en *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F., 9ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1142.

⁵⁹ MORILLAS CUEVA, L., en *Derecho Penal español. Parte especial*, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 138.

CUEVA⁶⁰. En tercer lugar, el principio de intervención mínima, que establece que no debemos acudir al Derecho Penal, siempre y cuando existan otros instrumentos jurídicos no penales a los que se pueda recurrir primero. En cuarto lugar, el principio *non bis in idem*, implica que “no podrá recaer duplicidad de sanciones por idéntica infracción”⁶¹, por lo que un mismo hecho no podrá ser sancionado por veces cuando concorra el mismo sujeto, hecho y fundamento, como viene recogido en la STC de 30 de enero de 1981, al establecer que “el principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal- en los casos en los que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

Para el caso en el que se dé una concurrencia de penas criminales y sanciones administrativas, se establecen una serie de normas. De acuerdo con QUINTERO OLIVARES, la primera de ellas es que “la Administración Pública debe respetar la prioridad y preferencia del orden jurisdiccional penal, por lo que se abstendrá de actuar sobre aquello que estén conociendo Jueces y Tribunales. Además, el fallo de éstos será vinculante para todos los poderes del Estado. En segundo lugar, la absolución penal, cuando no cuestiona la comisión del hecho material, pero declara la ausencia de tipicidad o de culpabilidad, ni afecta a la posibilidad de que el hecho

⁶⁰ MORILLAS CUEVA, L., en Derecho Penal español. Parte especial, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 128.

⁶¹ MORILLAS CUEVA, L., en *Derecho Penal español. Parte especial*, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 141.

pueda constituir infracción administrativa. Y, por último, la imposición de una pena por los tribunales penales impide que la Administración pueda a su vez imponer una sanción adicional por el mismo hecho, de la misma forma que una sanción administrativa no debe cerrar el paso a la intervención del Derecho Penal”⁶².

Aunque en la práctica se produce un continuo trasvase entre ambas ramas del Derecho, de forma que existen procesos de despenalización acompañados de la creación de nuevos ilícitos administrativos, al mismo tiempo que materias incluidas en el Derecho Administrativo se están convirtiendo en ilícitos penales. De esta opinión encontramos a ORTUBAY FUENTES⁶³.

II. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. HECHOS PROBADOS

Adolfo, de profesión autónomo y propietario del establecimiento *Bazar Oriental Lin*, interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, con fecha

⁶² QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 59 y 60.

⁶³ ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 2

5 de octubre de 2015, interviniendo Gema como parte recurrida.

En dicha resolución recurrida, la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia condenatoria contra Adolfo, por un delito contra los derechos de los trabajadores sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, a la obligación de indemnizar a Gema - en concepto de responsabilidad civil por daños y perjuicios- y a pagar las costas devengadas, basándose en los siguientes hechos probados:

Adolfo, el 8 de enero de 2012, contrata a Luisa como trabajadora de su establecimiento *Bazar Oriental Lin*, suscribiendo con ella un contrato de 40 horas/semana por un salario de 700 euros/mes más dos pagas extraordinarias. No obstante, ambos convienen una jornada diaria de 10 horas, de lunes a sábado, y un salario menor del establecido por contrato individual, en este caso, de 600 euros líquidos al mes, sin vacaciones ni pagas extraordinarias. Aun así, Luisa trabaja más horas de las pactadas y convenidas por indicación de Adolfo. Adolfo cumple con su obligación de pagar el salario a final de mes, tras firmar la nómina por una cantidad superior, en sobre cerrado. A estas circunstancias se añade que, cuando la trabajadora regresó a Cuba por una temporada, Adolfo le prometió mantener su puesto de trabajo, cosa que no hizo.

El 8 de febrero de 2013, Adolfo contrata a Gema, suscribiendo el mismo contrato laboral que Luisa, pero conviniendo con esta trabajadora una jornada diaria de

8 horas, de lunes a sábado y un salario de 700 euros al mes líquidos. Aun así, Gema también trabaja más horas, incluso los domingos, por indicación de Adolfo y sin recibir por ello cantidad alguna. También, al igual que en el caso anterior, la trabajadora recibe su salario mensualmente, tras firmar la nómina, en sobre cerrado y sin recibir en ninguna ocasión el total de lo pactado. Gema nunca disfrutó de vacaciones y trabajó con el tobillo lesionado, pidiendo el alta voluntaria para no ser despedida. Además, en este caso, Adolfo despidió a la trabajadora, quien firmó el finiquito oportuno, pero del que nunca cobró la correspondiente indemnización, ascendiendo ésta a 3.427, 98 euros.

El 12 de febrero de 2013, Adolfo contrata a Gloria, suscribiendo el mencionado contrato y trabajando, por indicación de éste, más horas además de sábados y domingos, no abonándole por ello cantidad alguna y descontándole los días que faltaba por causa justificada, además de ponerle trabas a Gloria por ausentarse del trabajo por acudir a la consulta médica y de decirle que iba a despedirla. Gloria nunca disfrutó de vacaciones. Adolfo le propuso firmar un contrato de trabajo indefinido dándole a firmar un documento de baja voluntaria.

El 1 de noviembre de 2013, Adolfo contrata a Sabina con el mismo contrato citado, conviniendo ambos una jornada de 10 horas diarias, de lunes a sábado, sin vacaciones y por un salario de 600 euros al mes. El pago del salario vuelve a ser como en los anteriores casos (a final de mes, tras firmar la nómina, en sobre cerrado) y descontándole, en este caso, los días que faltaba al

trabajo por enfermedad. Una vez Adolfo fue denunciado, mejoraron las condiciones laborales de Sabina.

En cuanto a la situación personal de cada una de las trabajadoras, en los hechos probados se manifiesta que: Luisa necesitaba el trabajo para mantenerse a ella y enviar dinero a su hijo residente en Cuba, así como traerse a su hijo a vivir con ella; Gema necesitaba el dinero para mantenerse a ella y a su familia por lo que trabajó con el tobillo lesionado para no ser despedida y tres meses más de los que al principio pensó estar vistas sus condiciones laborales; Gloria necesitaba el trabajo para mantenerse a ella y a su hija y renovar su permiso de residencia, por lo que trabajó un año o más, todo lo que pudo; y Sabina lo necesitaba para mantenerse a ella y a su familia y renovar igualmente su permiso de residencia legal en el país.

2. FALLO

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia condenatoria sobre Adolfo, como autor penalmente responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, a pena de prisión de 2 años, con la accesoria legal de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, y multa de 9 meses, a razón de 10 euros al día, con un total de 2.700 euros, con aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 CP.

También condena a Adolfo a indemnizar, en concepto de responsabilidad civil por daños y perjuicios, a Gema en

3.427,98 euros, cantidad que se vería incrementada en lo que resulte de aplicar los intereses legales y del artículo 576 LEC, junto con el pago de las costas devengadas en dicha instancia, incluidas las de acusación particular ejercitada por Gloria.

Sin embargo, una vez que se tramita el recurso de casación interpuesto por Adolfo contra dicha sentencia de la Audiencia Provincial, la Sala Segunda del Tribunal Supremo declara haber lugar a dicho recurso, anulando la sentencia anteriormente mencionada y declarando de oficio las costas derivadas del recurso. En esta última sentencia se admite la declaración de hechos probados de la recurrida, pero determinando que no alcanzan ni la determinación ni la entidad que exige el tipo penal aplicado. Por ello, se absuelve a Adolfo del delito contra los derechos de los trabajadores, del que venía siendo acusado, dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas por razón de tal acusación.

3. MOTIVOS DEL RECURSO. ARGUMENTACIÓN DE LAS PARTES

Adolfo recurre la sentencia condenatoria dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo en casación, estimando la Sala Segunda del Tribunal Supremo sus pretensiones y anulando ésta primera, consecuentemente.

El recurrente, a través de sus representantes, basa su recurso en la infracción de la ley al amparo del art. 849.1 y 2 de la LECrim, por aplicación indebida de los arts. 311.1, 109, 116, 123 y 239 del Código Penal.

La representación de Adolfo estima que los hechos probados no son constitutivos del tipo penal descrito en el art. 311.1 CP, al negar que se haya dado una imposición, fraude o abuso de situación de necesidad. Además, se ha afirmado que el recurrente realizaba el pago del salario dentro del plazo establecido y entregándoles la nómina a las empleadas, no pudiendo extraerse de la sentencia el contenido de este pago salarial, por lo que las condiciones suscritas en el contrato de trabajo no serían contrarias a los derechos que tienen las trabajadoras reconocidos.

Respecto a la negación de una imposición de condiciones de trabajo perjudiciales para ellas, de acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial, "puede" que las empleadas trabajaran más horas de las pactadas, pero ello no tendría más entidad que la que basta para estimar una infracción laboral y, por tanto, sancionable en ese ámbito.

En cuanto al debate en torno a que haya incurrido o no en fraude, la parte recurrente desestima esta pretensión, puesto que las empleadas firmaban la nómina que se entregaba al tiempo del pago y, además, la sentencia no considera probada una cantidad determinada, como se ha dicho anteriormente, únicamente se hace mención a que la cantidad difería de la acordada. Por ello, debería considerarse, en todo caso, falsedad documental y habría que recurrir a otros tipos penales que no son objeto de acusación.

Por último, refiriéndose a la situación de necesidad, se argumenta que Adolfo no se aprovechó de dichas circunstancias puesto que no puede ser considerado para ello la situación general de desempleo y la necesidad de

tener un trabajo, así como el hecho de que no se haya determinado que las trabajadoras se encontrasen de forma ilegal residiendo en España sin el debido permiso de residencia.

4. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA SENTENCIA

Los aspectos más controvertidos de esta sentencia recaen sobre la compleja interpretación del art. 311 CP, puesto que el legislador no ha precisado en qué consistiría exactamente esa imposición, así como el engaño o abuso de situación de necesidad que determina el tipo objetivo del art. 311.1 CP.

El recurso se basa en el principio de legalidad estricta del Derecho Penal, el cual impide la aplicación del tipo penal a casos distintos de los comprendidos expresamente en él, por lo que, al existir un margen de interpretación tan amplio respecto a esta figura delictiva, el recurrente entiende que en este caso no se han dado las premisas necesarias para ser incluidas las acciones de Adolfo dentro del tipo penal comentado. De esta línea, la sentencia se refiere a la STS de 3 de mayo de 2012, que afirma que “la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal de hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal prohíbe taxativamente la analogía *in malam partem*”.

Entrando en detalle en los fundamentos de derecho que se exponen, encontramos el primer problema que



plantea esta sentencia en la acción típica que exige que concurra un acto de “imposición”. Para esta justificación se hace valer de la definición del verbo imponer dada por la RAE, entendiéndose como “exigir a alguien cumplir, soportar, pagar o aceptar una cosa”, lo que supondría que el sujeto debe actuar de una manera imperiosa porque tiene el derecho o puede obligar a hacerlo. En esta línea, la STS de 5 de abril de 2017 – sentencia del TS más actual que aclara importantes aspectos acerca de este tipo penal- en relación a la acción típica señala que el verbo “imponer” se equipara a “exigir a alguien, cumplir, soportar, pagar o aceptar una cosa, lo que se entiende como el ejercicio de una vis compulsiva, ya física o psíquica , por lo que el consentimiento del trabajador en el condicionado del empresario excluiría el concepto de imposición”, afirmación que también utiliza la STS de 28 de septiembre de 2019 para resolver su caso concreto, asegurando como hemos precisado que esta primera sentencia enunciada es el pronunciamiento más moderno acerca del debate que suscita el art. 311 CP. Añade BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE que esta expresión debe entenderse como “obligar al trabajador a aceptar unas condiciones laborales o de SS que perjudiquen sus derechos”⁶⁴.

Además, según ponen de manifiesto autores como ARROYO ZAPATERO, nos encontramos ante un “delito instantáneo pero de efectos permanentes”⁶⁵, por lo que

⁶⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 684

⁶⁵ ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Ed. Praxis, Barcelona, 1988, p.31.



no finalizaría tal acción en el momento de la imposición de las condiciones perjudiciales para los derechos de los trabajadores, sino que continúa mientras lo hagan dichas condiciones mientras dure la relación laboral.

Atrás queda ya la necesidad de realizar dicha imposición mediante el uso de *maquinaciones o procedimientos maliciosos* que exigía la anterior formulación del delito en el CP/73, requiriendo en la actualidad que dicha acción sea llevada a cabo mediante engaño o abuso de situación de necesidad, con lo que exige que concurra una de estas dos modalidades comisivas, sin las cuáles no podemos entender cometida la infracción a la que nos atenemos. De acuerdo con lo citado en la sentencia objeto de análisis, “la acción no será penalmente relevante si las condiciones son pactadas sin mediar ni engaño ni situación de necesidad”. Se entiende, en consecuencia, que, con la actual formulación del precepto, el uso de violencia, amenazas, coacciones u otro ardid de semejante entidad, es insostenible, puesto que en dicho caso estaríamos hablando de la modalidad comisiva recogida en el apartado tercero del 311 CP, de acuerdo con lo dispuesto por VILLACAMPA ESTIARTE⁶⁶.

En cuanto a la primera de estas modalidades comisivas, el engaño, la parte recurrente argumenta que la sentencia de instancia no describe la maquinación del penado para generar ese vicio, puesto que el engaño supone “la utilización de algún ardid que lleve al empleado a asumir la prestación de su trabajo en condiciones que no habría aceptado”, ni en el momento de la suscripción del contrato ni en el desempeño de las

⁶⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., Comentarios al Código Penal Español, tomo II, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F., 9ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1144.

funciones del puesto. La única “treta” basada en el relato de los hechos probados, de acuerdo con el recurrente, sería realizar el pago del salario tras la firma de la nómina ocultando la cantidad en sobre cerrado, pero en todo caso este hecho consistiría en una falsedad documental, que reconduciría a otros tipos penales, no siendo éstos objeto de acusación.

De acuerdo con BENÍTEZ ORTÚZAR⁶⁷, para la aplicación del art. 311. 1 CP es necesario que el trabajador acepte esa relación laboral con condiciones de trabajo perjudiciales para sus derechos, tratándose de un consentimiento viciado. Por tanto, no se puede afirmar que haya existido un engaño por parte de Adolfo, ya que las trabajadoras no aceptaron las condiciones laborales perjudiciales a priori, sino que éstas fueron pactadas una vez se había procedido a la firma del contrato, de mutuo acuerdo (a pesar de que una vez pactadas, Adolfo les hubiese “indicado” y no “exigido” realizar más horas).

Respecto a la situación de necesidad y el posible abuso de ella, se recurre también a la concepción lingüística por parte de la defensa de Adolfo, poniendo de manifiesto que ésta viene delimitada en múltiples acepciones pero en las más genéricas consiste en una “irresistibilidad del impulso, que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido o aquello que es imposible sustraerse”. En este extremo más propio de las ciencias de la naturaleza, ha de buscarse un grado que se ajuste con el principio de mínima intervención del sistema penal democrático, por lo que, de acuerdo con la parte

⁶⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., en AA.VV., *Comentarios al Código penal, segunda época*, dir. COBO DEL ROSAL, M., tomo X (vol. I), Ed. CESEJ, Madrid, 2006, p. 229.

recurrente, habría que entender que este caso no tendría la magnitud suficiente para determinar que se está produciendo dicha situación. Es más, se trataría de una situación generalizada de temor al desempleo, que propicia esa necesidad de contar con un trabajo y conservarlo. Así lo sostiene PEDREIRA GONZÁLEZ⁶⁸, al afirmar que la situación normal del mercado de trabajo implica de por sí una situación de necesidad, puesto que este desequilibrio en el mercado hace que sea imprescindible un empleo para poder subsistir y más si tenemos en cuenta que, de forma generalizada, las personas a las que se contrata por parte de un empresario, suelen estar desempleadas. En ese sentido, la STS de 5 de abril de 2017, determina que “cuando existe una generalización de la precarización del trabajo, por la crisis económica que afectó especialmente a la clase trabajadora, tal estado de necesidad debe tener una interpretación restrictiva”. Añade SEMPERE NAVARRO que “El abuso de situación de necesidad es un aliud, es decir una situación relevante e independiente al desequilibrio existente en toda relación laboral o a la situación de crisis económica que se ha centrado sobre la clase trabajadora”⁶⁹.

⁶⁸ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M^a., Delito contra los derechos de los trabajadores (I), en *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, AA.VV., Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p.238.

⁶⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., “El delito laboral (art. 311. 1º CP) y la STS 247/2017” en *Revista Aranzadi*, num. 9, Ed. Thomson Aranzadi, 2017.

Además, para que se dé un abuso de esta segunda modalidad comisiva exigida por el tipo del 311.1 CP, se requiere “aprovecharse de forma excesiva de una persona, o de una facultad o cualidad de alguien en beneficio propio”⁷⁰, lo que reclama que el empleador conozca la situación de necesidad de la trabajadora y busque que voluntariamente y valiéndose de dicha situación, ella acepte las condiciones ofrecidas “al no tener otro remedio”, como puntualiza MUÑOZ CONDE⁷¹. Es decir, que, de no concurrir tal situación, no aceptaría las condiciones apuntadas. En este sentido, también sostiene MUÑOZ CUESTA que el abuso de la situación de necesidad está en consonancia con la significación de imponer, sin violencia o intimidación, “sino que conociendo el empleador tal déficit de capacidad de oponerse a las condiciones laborales negativas para el trabajador se vale de ello para conseguir sus propósitos”⁷².

Se añade también en la argumentación de la parte recurrente, la carencia de referencia a la situación patrimonial de las empleadas, así como el desconocimiento de la capacidad económica de su familia o la accesibilidad que pudiesen tener las trabajadoras a otras ofertas de trabajo o a algún tipo de subvención, por lo que consideran irrelevante el hecho de que las trabajadoras afirmen “necesitar” ese trabajo para poner mantenerse a ellas o su familia o, incluso, para poder

⁷⁰ Así se sostiene en la STS de 9 de junio de 2016.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 307.

⁷² MUÑOZ CUESTA, F.J., “Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, Ed. Thomson Aranzadi, 2018.



renovar su permiso de residencia, como se había venido afirmando. Partiendo del desconocimiento de estas circunstancias, el recurrente asegura no haber lugar a dicha situación de necesidad, ya que no habría pruebas suficientes que lo sustentasen, como tampoco queda probado que Adolfo supiese de las concretas condiciones económicas, familiares o laborales de las personas a las que empleó. Más aún si apreciamos que el empresario no impuso esas condiciones de manera enérgica o imperiosa ya que, según el relato de hechos probados, éste les indicaba que hiciesen más horas de las establecidas, pero no se lo exigía. Es decir, para que se diese tal situación tendría que entenderse probado que las trabajadoras no tenían acceso a otros recursos económicos o sociales para subsistir o mantener a sus progenitores, así como tampoco tendrían ayuda económica por parte de su familia, y Adolfo debería haber conocido dicha situación para que, de manera consciente e intencionada, se abriese la oportunidad de que éste pudiese valerse de su situación de empresario para imponer dichas condiciones perjudiciales para los derechos de sus trabajadoras.

En la exposición de los fundamentos de derecho del recurso de casación, se hace referencia al estado de necesidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta respecto a la situación de necesidad, que no se pueden asemejar, puesto que son dos términos de distinta naturaleza que además operan en esferas distintas, según lo recogido en la STS de 5 de abril de 2017. No obstante, en la sentencia objeto de estudio se comparan ambos, con el objetivo de facilitar la taxatividad respecto del elenco de conductas a considerar, estableciendo que la necesidad del sujeto pasivo que hace nacer la responsabilidad criminal del art. 311 CP ha de ser, al

menos, de la misma entidad que la del sujeto activo, que justifica y exime por ello de responsabilidad. De acuerdo con MUÑOZ CUESTA, “las exigencias en el delito que tratamos deben ser inferiores que las que deben concurrir para la exención de responsabilidad”⁷³.

En cuanto a la reclamación del tipo de penal de un concreto perjuicio o restricción de derechos que tenga por causa las condiciones impuestas, tampoco podría considerarse típicamente relevante cualquier derecho que el trabajador tenga reconocido⁷⁴, y de acuerdo con la sentencia que estamos analizando, se pone de manifiesto que “podemos excluir como penalmente sancionables las imposiciones de las que deriven menoscabo de tales derechos fácilmente reparables acudiendo al procedimiento administrativo o judicial o, cuando eso no sea accesible al trabajador por la situación de abuso padecida”, de lo que se deduce que, de acuerdo con los principios nombrados anteriormente de legalidad y mínima intervención, cabría excluir las imposiciones que deriven del menoscabo de tales derechos reparables fácilmente si se acude al procedimiento administrativo. En relación a ello, la defensa del recurrente niega que se derive una imposición de condiciones de trabajo que “conculque la norma laboral con la intensidad requerida por el tipo penal, de más entidad que la que basta para estimar una infracción de orden laboral y sancionable en ese ámbito”. En este sentido, la STS de 5 de abril de

⁷³ MUÑOZ CUESTA, F.J., “Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores” en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, Ed. Thomson Aranzadi, 2018

⁷⁴ En este sentido, la doctrina está de acuerdo en que estos derechos los que se hace referencia son los recogidos en el art. 4 ET bajo la rúbrica “Derechos laborales”.



2017, también se pronuncia, estableciendo que “debe exigirse, desde un punto objetivo, una clara vulneración de los derechos de los trabajadores con suficiente relevancia penal para justificar la respuesta del sistema de justicia penal, lo que lo diferenciaría del ilícito administrativo”. De esta línea, la doctrina sostiene que la única diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo puede encontrarse en consideraciones formales, como el órgano que las aplica⁷⁵ o la lesividad que provoque la conducta delictiva. Por tanto, recurriendo al art. 7 LISOS que determina que infracciones son consideradas graves o muy graves de acuerdo con el orden social, podría considerarse que estamos hablando de un delito castigado por el orden penal puesto que se está produciendo “una transgresión de las normas y los límites pactados en materia de jornada, horas extraordinarias, descansos, vacaciones y permisos”⁷⁶, si atendemos a los hechos probados referidos a que Adolfo convenía con las trabajadoras que éstas debían trabajar más horas de las suscritas en el contrato, sin respetar los descansos legalmente establecidos, por un salario inferior y sin el devengo de las pagas extraordinarias, además de hecho de que ninguna de ellas tuvieron vacaciones durante toda la duración de la relación laboral y Adolfo pusiese trabas a la hora de que Gloria se ausentase del trabajo por acudir a la consulta médica y descontase a Sabina los días que faltó por no acudir al trabajo por enfermedad. A pesar de

⁷⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGESSEM S., *Derecho Penal Económico*, 2º edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, p.86.

⁷⁶ Citado art. 7.5 LISOS.

ello, el recurrente argumenta que se trata de un comportamiento atípico puesto que en la sentencia no se declara que las condiciones pactadas sean lesivas, si no que cabría un incumplimiento de las condiciones contractuales no lesivas y respecto a las vacaciones no se expone que las trabajadoras estuvieran más de un año contratadas, que sería lo legalmente establecido para disfrutar de ellas y argumenta que habría que tener en cuenta la “escasa” intensidad de las lesiones causadas, puesto que no cabría interpretar lesión más allá del ámbito económico de las trabajadoras. Además, defiende que a pesar de que la sentencia de la Audiencia Provincial diga que las trabajadoras cobraban menos, no llega a determinar cuánto menos o qué importes dejaban de cobrar. Incluso cuando se afirma que algún concepto no era retribuido en absoluto, como las horas extraordinarias a Gloria, tampoco se señala el importe de lo debido impagado. Igualmente ocurre cuando se afirma que algunas no pudieron disfrutar de las vacaciones, al no determinar cuánto tiempo llevaban trabajando para haber adquirido el derecho a disfrutarlas o cobrarlas, que legalmente se establece en un año.

5. TOMA DE POSTURA

De acuerdo con lo apreciado por distintos autores en el estudio del artículo 311 CP y poniendo como base de la toma de postura la sentencia en cuestión analizada, diversos son los temas a tratar en este sentido.

En primer lugar, en cuanto al debate generado en torno a la consideración del bien jurídico, como de naturaleza colectiva o individual, me mantengo del lado de aquellos autores que afirman que se trataría de un bien jurídico

colectivo. Mi postura en este aspecto se sustenta en la concepción de que nos encontramos en una sociedad cada vez más tendente al individualismo que requiere la consideración de diversos delitos como colectivos, entendidos dentro del conjunto de la sociedad, como una clase social (constituida por el conjunto de los trabajadores individuales por cuenta ajena), para poder hacer frente de manera conjunta a las exigencias del empresario, quien cuenta con un mayor poder en la estructura laboral debido a que es la persona en la que recae la decisión de emplear a un trabajador o no hacerlo. Por ello, el considerar el bien jurídico individual, nos llevaría a restar fuerza a los trabajadores y hacerles aún más vulnerables dentro del mercado de trabajo y, en consecuencia, dentro del ordenamiento jurídico.

Es por esto, que cabe considerar como sujeto pasivo al trabajador en su conjunto, a la clase social trabajadora, de acuerdo con la opinión expresada respecto al bien jurídico. En tanto el bien jurídico sea considerado colectivo, el sujeto pasivo también debe ser considerado de tal forma, como el trabajador dentro de una colectividad, no reduciéndose esto a la figura del trabajador individual. En caso contrario, de apreciar que estamos ante un sujeto pasivo individual, estaríamos frente a una incongruencia.

De ello también deriva la consideración de que nos encontramos ante un único delito y no un concurso de ellos, ya que el titular del delito no es el trabajador individual sino el conjunto de ellos, con independencia de que pueda existir concurso con otros delitos de naturaleza distinta.

En cuanto al sujeto activo, considero que estamos ante un delito especial en sentido estricto, en tanto en cuanto, tendrían poder de contratar y modificar las condiciones laborales de los trabajadores, no sólo el empresario entendido como tal dentro del art. 1.2 ET, sino cualquier persona con efectivo poder de llevar a cabo estas acciones mencionadas. Ello se debe a que, si descendemos a la realidad laboral y no nos quedamos únicamente en el plano legal, no sólo el empresario lleva a cabo estas tareas, sino que delega gran parte en algunos de sus empleados para la efectiva realización de una actividad empresarial. Es por ello que, aunque la responsabilidad de estas acciones recaiga en el empresario, deben ser considerados sujetos activos aquellos que las han realizado por cuenta de éste y asumiendo las funciones que se les ha encomendado. De otra forma, el empresario debería llevar a cabo todo tipo de modificaciones en relación a la actividad laboral de sus empleados y esto, en la práctica, sería inviable, más aún en empresas grandes donde se delegan funciones de forma habitual y continuada. Además, no cabría apreciar que se tratase de un delito común, puesto que no todas las personas que conforman una organización empresarial tienen dichas capacidades atribuidas, no pudiendo recaer sobre ellas el tipo definido.

Por otro lado, en referencia a la conducta típica y al debate generado en torno a si el empresario lleva a cabo la imposición de medidas que obliguen al trabajador a cumplir o soportar condiciones de trabajo perjudiciales para sus derechos, estoy de acuerdo con una parte de la doctrina que entiende que nos encontramos ante un delito instantáneo pero de efectos permanentes, ya que estas condiciones afectan a toda la vida de la relación laboral del trabajador, y que esta imposición debe ser llevada a cabo

por una de las dos modalidades que recoge el precepto: mediante engaño o abuso de situación de necesidad.

En el concreto caso estudiado, la STS de 9 de junio de 2016, la parte recurrente no aprecia que concurra ninguna de estas modalidades comisivas, en base a los motivos explicados en el apartado anterior. Bien es cierto, que no se dan los hechos probados necesarios para apreciarlas aunque en una primera consulta de la sentencia se pueda decir que sí. Esto se debe a que, a pesar de que sí se podría apreciar abuso de necesidad al conocer las situaciones personales de dichas empleadas en una primera lectura de los hechos, no podemos corroborar que exista una efectiva necesidad, al no tener constancia de las determinadas condiciones económicas de ninguna de ellas, como se manifiesta en el recurso por parte de Adolfo. Además, tampoco hay constancia de que éste la conociese efectivamente y que impusiera dichas condiciones de forma consciente y buscando causar el daño realizado. Por tanto, a pesar de que se pudiera pensar que realmente se da un abuso de la situación de necesidad en casos como en el de Gema, quién pidió el alta voluntaria y fue a trabajar con el tobillo lesionado por miedo a ser despedida, que Adolfo pusiese trabas para que Gloria acudiese a la consulta médica o que ninguna de las trabajadoras disfrutase de vacaciones, sin una valoración más detallada de los hechos, no puede considerarse que Adolfo esté incurriendo en un delito contra los derechos de los trabajadores. Esto se debe a que en el caso de Gema, el recurrente podría alegar que desconocía que ésta hubiese pedido el alta voluntaria o que estuviese trabajando con el pie lesionado, puesto que podría darse que durante el tiempo en el que este hecho sucedía, Adolfo estuviese ausente de la empresa. Además, tampoco se especifican las funciones de Gema en su puesto de trabajo, pudiendo

tener ésta la oportunidad de trabajar sentada y no tener que utilizar el pie. Respecto a Gloria, tampoco se determinan las trabas que Adolfo le ponía, pudiendo estas consistir en una mera interpretación por parte de la perjudicada. Tampoco podría considerarse incumplida la norma laboral respecto a la obligatoriedad de los trabajadores de disfrutar de las vacaciones, ya que se tiene conocimiento del tiempo que llevaban las trabajadoras contratadas, lo que pudo consistir en menos de un año y Adolfo haber retribuido dicho periodo. Por tanto, sí podría basarse en estas causas y que Adolfo hubiese incurrido en un delito contra los derechos de los trabajadores, en el caso de demostrarse estos hechos como probados.

Respecto a aquello que sí incurriría en una infracción del art. 311 CP, de acuerdo con la consideración del precepto 7 LISOS, hallamos la modificación unilateral por parte del empresario de las condiciones de trabajo sustanciales, en el caso de que llegase a considerarse como tal, respecto de la jornada laboral, los descansos y el establecimiento de condiciones inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, ya que según se apunta en el relato de los hechos probados, las trabajadoras trabajaban más de 40 horas semanales, dándose a entender que sin respetar los descansos que establece el art. 37 ET, pero nuevamente deben probarse los hechos y la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo no proporciona tales datos, ya que podría darse el caso de que hayan trabajado más de las horas establecidas semanalmente en un periodo que hubiese requerido tal esfuerzo pero se hubiese compensado anualmente, o que sí respetasen el día y medio de descanso legalmente establecido.

Sin embargo, sí resultaría constitutivo de un presunto delito de falsedad documental el caso de Gloria, a quien

propuso firmar un contrato de trabajo indefinido siendo en realidad un documento de baja voluntaria, o un presunto delito de amenazas puesto que Adolfo, en reiteradas ocasiones decía a esta trabajadora que iba a despedirla, poniendo trabas a la hora de ausentarse del trabajo con el fin de acudir a la consulta médica, aunque no se analizaran en este caso, debido a que nos estamos refiriendo únicamente al tipo delictivo del art. 311 CP.

Por tanto, no cabría apreciar cometidas dichas modalidades a no ser que se aportase un estudio más detallado de las distintas condiciones personales de las trabajadoras y la prueba de que Adolfo conocía dichas situaciones.

Junto a esto, podría considerarse igualmente objeto de estudio una posible discriminación indirecta por razón de sexo, basada en el hecho de que las afectadas son todas mujeres. Sin embargo, una vez más no sería elemento de análisis en el caso de la sentencia a la que nos estamos refiriendo puesto que en ella no se ha contemplado esta observación y tampoco hay pruebas que la sustenten, por lo que debemos dejar esta apreciación como simple curiosidad y no como un hecho con fundamento.

III. CONCLUSIONES

Una vez examinada la sentencia a tratar en este Trabajo de Fin de Grado, junto con el análisis del artículo 311 sobre el que ésta versa, podemos concluir que el delito de imposición de condiciones ilegales a los trabajadores no cuenta con una doctrina unificada respecto a sus distintos elementos objetos de estudio. Tanto en el bien jurídico, los

sujetos, la conducta típica o en el elemento subjetivo se observan autores partidarios de una u otra teoría.

PRIMERA. La distinción más importante y donde más se encuentra esta división de pareceres, es en la consideración del bien jurídico como individual o colectivo, aunque la mayoría de la doctrina opine en concordancia con esta segunda teoría. Esto nos lleva a afirmar que el sujeto pasivo debe ser el trabajador entendido en su conjunto, dentro de una clase social, y que, con independencia de que afectase a una pluralidad de trabajadores, se consideraría un único delito. En caso contrario, de considerarse un bien jurídico individual, habría que considerar como sujeto pasivo únicamente al trabajador afectado y por ende, en caso de que el empresario impusiese estas condiciones laborales perjudiciales a varios trabajadores, estaríamos ante un concurso real de delitos.

SEGUNDA. Respecto al sujeto activo, se pone igualmente de manifiesto la dualidad de opiniones comentada. De un lado aquellos autores, constituyendo en este caso la mayoría de la doctrina, que afirman que se trata de un delito especial propio, ya que dicha condición sólo puede recaer sobre la figura del empresario, entendiendo como tal lo dispuesto en el art.1.2 ET. Sin embargo, otra parte de la doctrina añade que estos delitos pueden ser también cometidos por aquellas personas que tengan por cualquier título trabajadores a su servicio, es decir, que cuenten con un poder efectivo para contratar o modificar las condiciones de los trabajadores a su cargo, y por tanto debe considerarse un delito especial en sentido estricto.

TERCERA. El debate suscitado en torno a la determinación de la conducta típica que generaba la anterior formulación del delito en el CP/73 parece resuelta en la actual legislación, entendiéndose entre la doctrina que nos encontramos ante un delito de resultado. Es decir, se consuma una vez producido el perjuicio previsto, referido en este caso a la imposición de las condiciones que perjudiquen o supriman los derechos de las trabajadoras.

CUARTA. Respecto al verbo en torno al cual gira el tipo delictivo, el verbo “imponer”, queda descartada la antigua expresión usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos del art. 499 bis CP/73, que consistía en una expresión amplia y abierta que podría comprender cualquier medio comisivo. En el actual CP esta duda queda solventada al establecer la necesidad de que la acción se cometa mediante una de las dos modalidades comisivas que establece el 311 CP. No dejando la posibilidad de que se utilice la violencia, la amenaza o la coacción, puesto que éstas ya vienen recogidas en otros preceptos.

QUINTA. En la primera de las modalidades comisivas, el engaño, se entiende que exige que el sujeto activo provoque un consentimiento viciado, pero queda claro entre la doctrina que debe existir tal consentimiento del perjudicado, no bastando con una ausencia de consentimiento por parte de éste.

SEXTA. Respecto a la segunda modalidad, es mayor el debate generado respecto a la consideración de en qué



casos se podría dar una situación de necesidad, entendiendo que el generalizado desequilibrio del mercado no abarca esta concepción, pues se entiende que hoy en día todo el mundo necesita un trabajo para poder subsistir. Debe demostrarse probada la efectiva y real desigualdad entre empleador y empleado así como el abuso por parte del primero, valiéndose de su poder en la relación laboral para imponer condiciones a los trabajadores que no aceptarían en caso de tener otra opción.

SÉPTIMA. Diversos autores han considerado las semejanzas entre la situación de necesidad contemplada en el art. 311 CP como modalidad comisiva del delito, con el estado de necesidad que determina el art. 20.5 CP. Sin embargo, parece claro, en base a la moderna jurisprudencia que hace referencia a este tema, que no pueden compararse, puesto que se trata de concepciones que operan en distintas esferas del derecho y tienen una naturaleza dispar.

OCTAVA. En base a lo afirmado por la doctrina, en este delito nos encontramos ante una norma penal en blanco, puesto que el precepto remite expresamente a derechos de los trabajadores reconocidos en disposiciones legales, Convenios Colectivos y al contrato individual. Sin embargo, no puede considerarse cualquier derecho, sino aquellos que se determinen por su condición de trabajador, por tanto, a las restricciones de derechos laborales y de Seguridad Social más esenciales.

NOVENA. Atendiendo al bien jurídico como colectivo, no cabe considerar que existe concurso de delitos en el caso

de que afecte a un conjunto de trabajadores, puesto que habría una sola lesión al bien jurídico, pero si cabe la posibilidad de que este precepto concorra con otras infracciones. Entra ellas destacan la falsedad documental y el delito de estafa. Tampoco cabría observar un concurso de normas, puesto que se trata de delitos que afectan al mismo bien jurídico.

DÉCIMA. En lo referido al tipo subjetivo, con la nueva redacción del precepto se pone fin al debate generado acerca de si se requería otro elemento subjetivo además del dolo. En el actual CP se entiende que únicamente es precisa la acción dolosa y en consecuencia, el ánimo de perjudicar. Para la mayoría de la doctrina no cabe el dolo eventual, requiriendo este delito un dolo directo. Tampoco cabría considerar la posibilidad de darse error de tipo o error de prohibición, al darse por hecho que el empresario debe conocer aspectos tan importantes acerca de su gestión.

UNDÉCIMA. En base al extenso estudio realizado por la doctrina acerca de la diferencia entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, se puede afirmar que la distinción recae en consideraciones formales, como el hecho de que es diferente el órgano que las aplica o las consecuencias jurídicas que tiene. En base a esto también se establecen una serie de principios para su aplicabilidad, de tal modo que, el legislador debe acudir a la sanción administrativa y no a la penal cuando por la escasa lesividad o peligrosidad de la conducta así lo requiera. Asimismo, no podrá recaer una duplicidad de sanciones cuando concorra el mismo sujeto, hecho y fundamento,

para lo que se establece la prioridad del orden jurisdiccional penal, no pudiendo la Administración imponer sobre ello infracción administrativa o una sanción adicional.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Ed. Praxis, Barcelona, 1988.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BAYLOS GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal del Trabajo*, Ed. Trotta, Madrid, 1990.
- BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II. El sistema de la Parte Especial. Volumen 2. Delitos contra bienes jurídicos colectivos*, Ed. J.M Bosch Editor, Barcelona, 2005.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Ed. Edisofer, Madrid, 2017.
- GONZALEZ CUSSAC J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MORILLAS CUEVA, L., en *Derecho Penal español. Parte especial*, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed.

Dykinson, Madrid, 2004.

- MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. Mª., en *Delito contra los derechos de los trabajadores (I)*, en *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, AA.VV., Ed. Bosch, Barcelona, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª edición, Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2010.

REVISTAS JURÍDICAS Y COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL

- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., en AA.VV., *Comentarios al Código penal, segunda época*, dir. COBO DEL ROSAL, M., tomo X (vol. I), Ed. CESEJ, Madrid, 2006.
- MUÑOZ CUESTA, F.J., "Imposición de condiciones lesivas a los trabajadores" en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, Ed. Aranzadi, 2018.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., "El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo" en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 19, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., "El delito laboral (art. 311. 1º CP) y la STS 247/2017" en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2017.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., en *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, dir. QUINTERO OLIVARES G., coord. MORALES PARTS, F., 9ª edición, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2011.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- STS de 9 de febrero de 1972
- STS de 21 de diciembre de 1987
- STS de 15 de marzo de 1990
- STS de 3 de marzo de 1993
- STS de 7 de marzo de 1996
- STS de 3 de mayo de 2012
- STS de 5 de abril de 2017
- STS de 28 de septiembre de 2019

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC de 30 de enero de 1981

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP Valencia, de 23 de julio de 2004
- SAP Valencia, de 20 de diciembre de 2017



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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social

de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. 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.
2. 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.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, *ABSTRACT*, PALABRAS CLAVE, *KEY WORDS* Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*⁴⁰⁷. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. 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. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

**IX. CITA DE REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas,

⁴⁰⁷ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar

también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.

- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) *Tercer epígrafe.*- a) *Cuarto epígrafe*

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso