

Nº 7
Tercer trimestre 2016

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 7. Septiembre 2016

Revista incluida en Latindex y Dialnet

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

CONSEJO 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 titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos
"Luis Ortega Alvarez"

SUMARIO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EDITORIAL: "LOS NUEVOS PILARES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO".....	7
El Consejo de Redacción	
"CONTROL DE EJECUCIÓN. POTENCIA SIN CONTROL".....	11
Bernabé Palacín Sáenz	
"CONFIDENCIALIDAD Y TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA".....	59
Antonia Olivares Hortal	
"EL CÁLCULO DEL COSTE DEL CICLO DE VIDA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA".....	114
María del Rosario Delgado Fernández	
"EL PARTIDO POLÍTICO COMO PODER ADJUDICADOR".....	153
Álvaro González-Juliana Muñoz	
"HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA: SOLUCIONES EN EL DERECHO ALEMÁN".....	201
Carlos María Rodríguez Sánchez	

“LA MESA DE LA PROFESIÓN ENFERMERA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD: HISTORIA DE UN DESENCUENTRO ANTE LA IMPOSIBLE APLICACIÓN DEL RD 954/2015, DE 23 DE OCTUBRE”.....233

Vicente Lomas Hernández

“COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2016: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA JORNADA LABORAL DE 35 HORAS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE CASTILLA-LA MANCHA”.....265

Roberto Mayor Gómez

“COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONSTITUCIONAL 140/2016, DE 21 DE JULIO DE 2016: NULIDAD DE LAS TASAS JUDICIALES”.....313

Roberto Mayor Gómez

“COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SALA DÉCIMA, DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016, (ASUNTO C-596/14): INDEMNIZACIONES DEL PERSONAL INTERINO EN CASO DE DESPIDO”.....321

Roberto Mayor Gómez

“COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 494/2016 DE 15 DE JULIO DE 2016, REC 1290/2015 FIJACIÓN DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE

FILIACIÓN POR COMPLACENCIA. VALIDEZ. POSIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN. PLAZOS”.....	337
María Belén López Donaire	
BASES DE LA PUBLICACIÓN.....	349

EDITORIAL

LOS NUEVOS PILARES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015

El pasado 2 de octubre de 2016 dimos la bienvenida a la [Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas](#) y a la [Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público](#).

El legislador ha pretendido una reforma del ordenamiento jurídico público articulada sobre dos pivotes: las relaciones *ad extra* y *ad intra* de las Administraciones Públicas.

Estas dos Leyes vienen a sustituir otras hasta ahora esenciales en el ordenamiento administrativo como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado ("LOFAGE").

También han sido derogados los Reglamentos que regulaban dos de los procedimientos administrativos "especiales" por antonomasia, los procedimientos sancionadores (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad

Sancionadora) y los procedimientos para exigir la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial).

Uno de los principios inspiradores de la nueva Ley 39/2015 es el fomento de la tramitación electrónica de los procedimientos (Registros electrónicos, notificaciones electrónicas, identificación y firma de los interesados mediante sistemas de firma y sello electrónico, archivos electrónicos...), pero las novedades y dudas que suscita la aplicación de la nueva normativa van mucho más allá, así por ejemplo citaremos sólo algunas de ellas como el cómputo de los plazos que ahora se realizará por horas, la extensión al sábado de la condición de día inhábil a efectos de cómputo de plazos; la eliminación del plazo de 3 meses para la impugnación de actos presuntos, y la regulación de un procedimiento de elaboración de normas.

Se extiende la capacidad de obrar en el ámbito del Derecho administrativo a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos cuando la Ley así lo declare expresamente

Se suprime la necesidad de reclamación administrativa previa a la vía judicial civil y laboral salvo en materias de Seguridad Social.

Por su parte, la Ley 40/2015 añade una serie de principios a los ya clásicos que rigen el funcionamiento la Administración. Entre ellos, cabe destacar la inclusión de los principios de evaluación,

planificación o dirección por objetivos, que ya se recogían en alguna norma sectorial como la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales, que ha quedado también derogada con la entrada en vigor de la Ley.

Como novedad, LRJSP contiene un desarrollo pormenorizado del principio de proporcionalidad, en línea con la formulación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y regula los principios de la potestad sancionadora.

Es de destacar la regulación pormenorizada de los convenios y las novedades en materia del sector público institucional.

En definitiva, todos los juristas y operadores jurídicos debemos familiarizarnos y adaptarnos a la nueva regulación, que viene constituida por dos nuevas normas que van a erigirse en la base del Derecho administrativo en España.

El Consejo de Redacción



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 7
Septiembre 2016
www.gabilex.jccm.es

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS. EN ESPECIAL DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES. ¿POTENCIA SIN CONTROL?

Bernabé Palacín Sáenz

Director General de Contratación, Responsabilidad Social y
Servicios Comunitarios del Ayuntamiento de Logroño.
Investigador en formación de la Universidad de La Rioja.
Programa de doctorado en Derecho y Cambio Social

Fecha de finalización del trabajo: Agosto de 2016

RESUMEN

El desarrollo tecnológico nos ha enseñado que las mayores y mejores prestaciones de las obras de ingeniería, como el automóvil, cada vez con más potencia, necesitan sistemas de apoyo para quienes tenemos los conocimientos justos y queremos viajar rápidos y seguros. Es potencia y es control, muchos caballos, pero ninguno desbocado. El símil puede trasladarse al trabajo que presento, aunque con peores resultados.

Nuestra contratación pública, especialmente cuando a su través influimos en otras políticas sociales y ambientales, viene desde hace algunos años integrando cláusulas de este tipo en sus pliegos de condiciones, cláusulas muy del agrado de los Gobiernos de turno, que ven un modo de apoyar sus políticas y también de mejorar su imagen pública. Pero como toda creación, que incorpora unos fines a cumplir en un ámbito de intereses contrapuestos, si no se supervisa, mediante objetivos e indicadores de impacto, continuando con el símil, alumbrará un vehículo muy potente pero ingobernable, incapaz de servir para lo que fue construido, es decir, para ser un potente inductor de aquellas políticas.

Este estudio parte como hipótesis de la ausencia de mandatos claros, precisos y estructurados para el ejercicio de la función de supervisión, que tiene como efecto la definición de una importante área de mejora en el control de la ejecución de los contratos. Hipótesis que se corrobora mediante informes y conclusiones del Tribunal de Cuentas del Estado y, respecto al derecho comparado latinoamericano, en algunos informes de sus Contralorías. El estudio concluye proponiendo la creación de un nuevo órgano administrativo, bajo tres variantes (apoyo a la supervisión formal, auditoría de supervisión y mixta), que compensan sus costes con los ahorros provenientes de un control exhaustivo del cumplimiento de los contratos, aspecto éste que se considera de valor para su comunicación pública, a través de esta prestigiosa revista, dada la falta de soluciones en el contexto vigente.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas sociales y ambientales, supervisión, auditoría, cumplimiento, ejecución, responsable, potencia sin control.

KEYWORDS: Social and environmental clauses, supervision, auditing, compliance, enforcement, responsible, power without control.

ABSTRACT:

Technological development has taught us that the biggest and best performance of engineering works such as the car for example, each time with more power, they need support systems for those who have fair knowledge and want to travel fast and safe. It's power and control, many horses, but none out of control. The simile can move the work presented, but with worse results.

Our public procurement, especially when through it we influence other social and environmental policies, has for some years integrating such clauses in their specifications, terms very pleased the government of the day, they see a way to support their policies and also to improve their public image. But like all creation, which incorporates purposes to fulfill in an area of conflicting interests, if not monitored, with objectives and impact indicators, continuing the analogy, shine a powerful but ungovernable vehicle, unable to serve what was built, that is, to be a potent inducer of policies.

This study is hypothesis of the absence of clear, precise and structured for the exercise of the oversight function, which has the effect of defining a major area of improvement in the

control of the execution of contracts mandates. Hypothesis is corroborated by reports and conclusions of the Court of Audit and comparative law regarding Latin America, some reports of its Comptrollers. The study concludes by proposing the creation of a new administrative squad, under three variants (support for formal supervision, audit supervision and mixed), which offset their costs with savings from a thorough enforcement of contracts, an aspect that it is considered of value for public communication, given the lack of solutions in the current context.

SUMARIO:

- I. Aproximación al ejercicio de control sobre la ejecución de los contratos. Posicionamiento legal y doctrinal.**
- II. Los órganos de control en la ejecución de los contratos.**
- III. Hipótesis de trabajo: Falta de atribución de cometidos de supervisión, especialmente en la vigilancia del cumplimiento de cláusulas sociales y ambientales.**
- IV. Demostración de la hipótesis. La atribución funcional frente al resultado.**
- V. Conclusiones y propuesta de mejora.**
- VI. Bibliografía.**
- VII. Otros documentos de estudio.**

I. APROXIMACIÓN AL EJERCICIO DE CONTROL SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS. POSICIONAMIENTO LEGAL Y DOCTRINAL.

Quiero ya desde este primer momento distinguir entre lo que las normas reguladoras de aplicación, constituidas fundamentalmente por la Directiva 2014/24 UE de Contratación pública, artículos 70 y ss. y Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por R.D. Leg. 3/2011, de 14 de noviembre, especialmente el Libro IV, Título I, Capítulo III, y las normas especiales dedicadas a cada uno de los contratos típicos en el Título II, refieren sobre la ejecución de los contratos, y el control de la ejecución de los mismos a través de los distintos órganos creados por los respectivos órganos de contratación.

No se trata de una cuestión baladí. Existe un más bien escaso material doctrinal y jurisprudencial acerca de la ejecución de los contratos, al igual que una exigua normativa reguladora en los ámbitos europeo, estatal y autonómico¹ que pretende vertebrar la respuesta jurídica a las innumerables incidencias que se producen durante el proceso de ejecución de los contratos, tales como abono del precio, revisión, cesión y subcontratación, interpretación, modificación y mantenimiento

¹ DECRETO LEY 3/2016, de 31 de mayo, de la Generalitat de Cataluña, de medidas urgentes en materia de contratación pública; Ley 3/2011, de 24 Feb. CA Aragón (medidas en materia de Contratos del Sector Público); Ley Foral 6/2006 de 9 Jun. CF Navarra (contratos públicos); Ley 3/2007 de 4 Jul. CA Cataluña (obra pública).

del equilibrio económico del contrato, recepción, penalidades, resolución, vicios y defectos, etc. Y existe aún menos, cuando el foco se pone en el control, en los órganos y en las actuaciones precisas para garantizar un óptimo y eficiente cumplimiento de los contratos, pues de nada sirve la incorporación de cláusulas sociales y ambientales, en cualesquiera fases del proceso de contratación, si su cumplimiento se deja a la discreción del contratista por falta de control de los órganos llamados a ejercerlo.

El concepto de control aparece ya en el artículo primero del TRLCSP, ligado al gasto público y persigue el objetivo de la *"... eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa"*. Aunque como puede observarse no se le relaciona con la ejecución del contrato, evidencia clara de cómo el legislador ha pasado "de puntillas" sobre este ámbito, no es menos cierto que la eficiente utilización de los fondos, al margen de los controles financieros, requiere de un específico, eficaz y eficiente control de ejecución de las prestaciones por parte del Director de las Obras, en los contratos de este tipo y, en su caso, del Responsable del Contrato en el resto de los contratos, si así se designa por el órgano de contratación.

Después de este posicionamiento general del legislador pensando en el control del gasto público, se recogen a lo largo del citado texto legal determinadas previsiones propias del

control de ejecución, sin ofrecer detalle de su operatividad. Entre ellas destaco:

- Art. 136 g) TRLCSP "Clausulado del contrato". Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

"Fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación."

- Art. 248.3 TRLCSP "Zonas complementarias de explotación comercial". Contrato de concesión de obra pública.

"Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración Pública concedente..."

- Art. 295 TRLCSP "Facultades de la Administración en el proceso de fabricación". Contrato de suministro.

"La Administración tiene la facultad de inspeccionar y de ser informada del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido."

Tampoco es que la normativa europea nos vaya a sacar del apuro en el que nos encontramos de falta de regulación clara y concluyente sobre el ámbito de control en la ejecución de los contratos públicos, pues aunque el considerando 121 de la

Directiva 2014/25/CE, al mencionar la evaluación de la contratación pública, atribuye a los estados miembros la decisión sobre el tipo de seguimiento de proyectos cofinanciados por la Unión, ya sea un control ex post basado en muestras o un control ex ante sistemático de los procedimientos de contratación, entendemos de acuerdo con los resúmenes de auditoría del Tribunal de Cuentas Europeo, ejercicios 2013 y 2014, que se refiere a los errores cometidos durante las fases de preparación y adjudicación de los contratos².

¿Y qué dice la doctrina?. José Manuel Martínez³ pide rigor *en la preparación del contrato con la definición precisa de las prestaciones objeto del contrato en los pliegos; y rigor en el control de la ejecución del contrato para no apartarse de lo contratado*, aunque como él mismo señala en la Comunidad de Prácticas de Contratación Pública⁴, *“el control de la ejecución de los contratos es la asignatura pendiente en la práctica de la contratación pública”*. En parecido sentido Marta Solorzano

² Considerando 121 de la Directiva CE 2014/24 “... La orientación que se ha de ofrecer podría cubrir todos los aspectos pertinentes de la contratación pública, como la planificación de la adquisición, los procedimientos, la elección de técnicas e instrumentos y las buenas prácticas para tramitar los procedimientos...”

³ (MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. 2015) “Concomitancias del derecho laboral con el derecho de contratación pública”. Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, 2011(9), 1110-1136.

⁴<http://www.contratacionpublicacp.com/forum/topic/listForContributor?user=3pklkgy3w6jsc>

García, Julio Navío Marco y Raúl Contreras Comeche⁵: *“Queda mucho camino que recorrer en la incorporación del valor social en la contratación pública, y muchos aspectos que continuar analizando sobre el tema, como seguir avanzando en el análisis comparado entre países (por ejemplo, los países nórdicos o los anglosajones) o un tema fundamental, el diseño de mecanismos de control estudios que garanticen no sólo el proceso de contratación atendiendo a valor social sino la fase posterior de ejecución”.*

O como dice Luis Ortega Olivencia⁶: *“una vez formalizado el contrato, no se encuentra tiempo para inspeccionar o vigilar el servicio, ni hacer un seguimiento permanente del mismo a través de la figura del responsable del contrato. Nos encontramos con demasiados límites a esa actuación inspectora.”*

Aseveraciones que son confirmadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón⁷, en cuanto a la necesidad de un responsable del control de la fase de ejecución de los contratos *“...que permita aplicar*

⁵ (Solorzano García, Navío Marco, & Contreras Comeche, 2015) *“Incorporación de valor social a la contratación pública en España: Situación y perspectivas”*. Reala Nueva Época. Nú. 4, julio-diciembre 2015

⁶ (ORTEGA OLIVENCIA, s. f.) Smarteca. *“El coste de los servicios públicos locales”*. El Consultor 5-2014.

⁷ Informe 16/2014, de 1 de octubre, sobre incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento.

con rigor la cláusula y sus consecuencias y no la convierta en papel mojado”, o en cuanto a la incorporación de parámetros objetivos para determinar cuándo la obligación se entiende cumplida⁸.

De nada sirve, como dice Guillermo Lago Núñez⁹, *“la valoración efectuada para la determinación de la oferta más ventajosa, ya sea los criterios de plazo o precio, si luego no se respetan los tiempos o se modifica el precio”*.

Lo cierto es que nuestra realidad dista mucho de tener un control real, operativo y eficiente de la ejecución de los contratos, de la materialización de su buen fin, de que la necesidad que se trata de atender sea efectiva tal y como se ha planteado y justificado en la preparación del contrato. Es cierto que, como dice la Junta Consultiva de Aragón en el dictamen citado más arriba, la figura del responsable del contrato *“se erige en fundamental”*, pues de ¿qué sirve recoger un importante abanico de cláusulas sociales y ambientales, contributivas de importantes políticas locales como la igualdad, el empleo de los más vulnerables, el respeto a las condiciones de trabajo declaradas, así como la conservación del medio ambiente para reducir los impactos que genera el consumo de

⁸ Informe 1/2015, de 17 de marzo: *“...debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias (“supresión” de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso.*

⁹ (LAGO NÚÑEZ, 2016) “La Ejecución de los contratos públicos”. Contratación Administrativa Práctica, Nº 120, Sección Reflexiones, del 1 Jun. al 31 Jul. 2012, pág. 64, Editorial LA LEY

bienes y servicios locales, si el cumplimiento de la prestación no es verificado materialmente por el órgano de contratación, ni se aplican en consecuencia las medidas correctoras que procedan. ¿Acaso no estamos publicitando una gran potencia de maquinaria y herramientas que como medio se le atribuyen a la contratación pública, sin el necesario control¹⁰?. ¿Para qué sirven tan buenos propósitos, si no tenemos la capacidad de verificar su cumplimiento?. En mi opinión, de nada, lo que sucede es que esta parte importa menos. Es fácil contemplar una actualidad regida por modas, tales como la nueva gestión pública y su apelativo “.n”, el que corresponda en la competición por la modernidad, la transformación digital, la transparencia y rendición de cuentas, los sistemas de gestión de la calidad, la inclusión de cláusulas sociales y ambientales, plataformas de participación ciudadana y de servicio, smart cities, etc.

Todas las Administraciones, pequeñas y grandes quieren aprovechar la oportunidad para “dar que hablar”, aunque el reporte publicitario sea efímero. Sólo a unas pocas interesarán los indicadores de impacto, esto es, verificar la proyección externa hacia las políticas, en nuestro caso sociales y ambientales, que perseguimos. Para conseguir este objetivo es preciso establecer indicadores y medir, pues sólo lo que se mide es susceptible de mejorar, lo demás son meros folletos publicitarios. La siguiente cuestión que nos planteamos es ¿cómo medimos si no controlamos bien la ejecución de los

¹⁰ Guillermo Lago en “La ejecución de los contratos públicos” se plantea unir causa y efecto, *“de forma que la preparación y adjudicación del contrato no estén separados de la ejecución del mismo, sino que constituyan un mismo procedimiento cuyo seguimiento y desarrollo se efectúe por la misma unidad de control”*.

contratos?, pues de ningún modo, y esto tiene consecuencias trágicas, pues no sólo afecta al contrato en ejecución y, en definitiva, a la eficiente utilización de los fondos destinados a las obras y servicios públicos, sino lo que es más importante, a la potencial mejora continua de la prestación, sobre la base de los datos obtenidos en una ejecución del contrato anterior. De ahí que, habitualmente, para la prestación de los servicios municipales unos contratos sucedan a otros sin apenas cambios, sin mejoras en su contenido regulador y de control, con resistencias de las Unidades proponentes a los cortos plazos de ejecución y, por ende, a la licitación continua, y a la inclusión de cláusulas sociales y ambientales que, normalmente, según sea la fase del procedimiento en la que se establezcan, acarrearán un importante esfuerzo de control directo, al menos por aquéllas.

II. LOS ÓRGANOS DE CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

En el apartado anterior hemos dejado constancia de la importancia de la verificación del cumplimiento de los contratos por el órgano de contratación, base sobre la que puede construirse un eficiente aprovechamiento de los recursos públicos destinados a la prestación de servicios y realización de obras, queda por analizar en éste de qué tipo de herramientas se ha de servir para llevarla a cabo.

Nuestro derecho interno se refiere a esta cuestión en el artículo 52 del TRLCSP, advirtiendo que *“los órganos de*

contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él.” Después de esta previsión, sólo algunas referencias más en los artículos 212 (imposición de penalidades a su propuesta), 230 (instrucciones al contratista en el ámbito de su competencia), y 235 (recepción de la obra).

Cierto que, como indica Javier Escrihuela Morales¹¹, *“...en la exposición de motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, se señalaba que la figura del responsable del contrato pretende reforzar el control del cumplimiento del contrato y agilizar la solución de las incidencias que puedan presentarse...”*, pero nada más. Se desconocen las herramientas organizativas, formales y materiales para llevar a cabo su función.

La reciente Ley Gallega 1/2015, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración¹², añade junto a los estándares de calidad y disponibilidad del servicio, la publicidad de la identidad del responsable del contrato, y entre sus funciones la de velar por los derechos de las personas

¹¹ Escrihuela Morales, J. "La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y de servicios", 4ª edición" Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, Mayo 2012.

¹² (DOG 30 de abril 2015)

usuarias. Para ello, establece un sistema de sugerencias y quejas que habilita a los usuarios para formularlas ante el contratista o ante el responsable del contrato, siendo este último el encargado de tramitarlas, proponiendo al órgano de contratación las medidas correctoras que procedan, ya sea la reducción en la retribución del contratista o la imposición de penalidades.

Con anterioridad, otra Ley Gallega, la 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico¹³, se refiere en su artículo a la obligación de designar un responsable del contrato, al que le encarga velar por que no se den situaciones de cesión ilegal de trabajadores o declaraciones de relaciones de laboralidad entre la Administración y el personal contratista, estableciendo al efecto el deber de corregir cualquier incidencia o desviación que pueda suponer infracción de las reglas que menciona, dando parte al órgano de contratación.

Por su parte, la Recomendación, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la necesidad de aprobar en el ámbito del sector público unas instrucciones para la correcta ejecución de servicios externos¹⁴, se refiere al contenido de los pliegos y de los documentos en los que se plasmen los encargos de ejecución, recomendando la designación de un responsable del contrato al que le corresponderán funciones típicas de la relación

¹³ (DOG 27 Enero 2014)

¹⁴ (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón Informe 1/2013, s. f.)

ordinaria con la empresa¹⁵ , sin asumir funciones de dirección sobre el personal al servicio de aquélla. Y lo mismo hace el Gobierno de La Rioja, a través de su Comisión Delegada del Gobierno de Adquisiciones e Inversiones por la que se establecen medidas para la correcta ejecución de los servicios que vayan a ser objeto de contratación¹⁶, estableciendo la designación de un responsable al que corresponderán las funciones de supervisión, decisión e instrucción en la ejecución de la prestación, velando por las cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo de los trabajadores de la empresa contratada y porque la comunicación se produzca a través del representante de la misma.

También la Junta de Andalucía, a través de la Comisión Consultiva de Contratación Pública¹⁷, en relación con los trabajadores de las empresas en los contratos de servicios, ha elevado un poco más el nivel de concreción del TRLCSP y, en parecidos términos a la Recomendación de la Junta Consultiva de Aragón, entiende conveniente atribuir al responsable del contrato, propuestas de resolución de incidentes, imposición de penalidades, prórroga, prerrogativas, así como asistir a los actos

¹⁵ En concreto: Promover y convocar las reuniones que resulten necesarias al objeto de solucionar cualquier incidente en la ejecución del objeto del contrato. Establecer las directrices oportunas, pudiendo solicitar del adjudicatario en cualquier momento la información que precise sobre la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Inspeccionar el proceso a realizar o la prestación del servicio.

¹⁶ (Instrucción de 21 de diciembre de 2012, s. f.)

¹⁷ (Recomendación 1/2012, 2012)

de recepción y suscribir actas, dirigir instrucciones e inspeccionar el proceso de realización del servicio.

Además, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado¹⁸, distingue entre condiciones relacionadas con la empresa contratista (revisión del plan de trabajo, relación con otros servicios técnicos, SGA, detección y comunicación de incidencias y tareas extraordinarias no incluidas en el contrato) y condiciones no relacionadas directamente con la empresa contratista (control de calidad de la ejecución del contrato, comunicación de mejoras ambientales y buenas prácticas al personal).

En el ámbito latinoamericano puede destacarse el "Manual de Supervisión de contratos de la Contraloría de Bogotá D.C. *"Por un control fiscal efectivo y transparente"*¹⁹, en su responsabilidad de control y vigilancia de la ejecución de los contratos, con miras según declara *"a garantizar el cumplimiento de los fines para el cumplimiento de las funciones, metas y objetivos institucionales"*. En el Manual se establecen unas orientaciones generales para la obtención de los mejores resultados en el cumplimiento de los contratos, se define el perfil del Supervisor, los objetivos de su función de control, eminentemente preventivo, aunque también correctivo o de verificación. Todo ello con un sentido armonizador de intereses entre contratante y contratista para *"el logro del objetivo general del contrato, que satisfaga las necesidades de la*

¹⁸ (Informe 38-2/11, s. f.)

¹⁹ (Contraloría de Bogotá DC-Colombia, 2012)

comunidad". El Manual distribuye las funciones de supervisión entre aspectos administrativos, entre los que destaca la prestación de apoyo al contratista, orientándolo sobre la mejor manera de cumplir sus obligaciones; aspectos técnicos, entre los que se significa un listado de requisitos mínimos para el recibo a satisfacción de los bienes, obras y servicios; aspecto económico, en el que se verifica una adecuada programación financiera del contrato; y un aspecto legal, dentro del cual se exige periódicamente la acreditación de los pagos a seguridad social y parafiscal durante la ejecución del contrato y antes de su liquidación. Finalmente, se establece un procedimiento en el que se concretan las distintas etapas de la supervisión, las actividades realizadas, su responsable y los registros obtenidos.

Del análisis efectuado ya puede extraerse la conclusión que anticipábamos, con carácter general, se desconocen en nuestro derecho las herramientas organizativas, formales y materiales con las que cuentan los responsables del contrato para llevar a cabo la función de supervisión de su ejecución, más allá de las que con más o menos acierto²⁰ le atribuyan los respectivos órganos de contratación y de las reguladas para los Directores Facultativos de Obra en los artículos: 230

²⁰ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Govern de les Illes Balears, en su informe 1/08, de 4 de marzo, concluye: *"En los contratos distintos al de obras la normativa en materia de contratación no exige que el director del contrato tenga obligatoriamente una titulación o cualificación técnica específica de acuerdo con la naturaleza del contrato; no obstante, el órgano de contratación, en el ejercicio de su potestad administrativa y atendiendo al objeto del contrato, puede establecer en los pliegos que el director del contrato tenga una titulación específica o una cualificación técnica concreta."*

(Ejecución), 234 (modificación de los contratos), y 235 (Recepción) TRLCSP.

III. HIPÓTESIS DE TRABAJO: FALTA DE ATRIBUCIÓN DE COMETIDOS DE SUPERVISIÓN, ESPECIALMENTE EN LA VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES.

La hipótesis anticipada en el apartado anterior cobra cuerpo mediante el análisis, a través de los perfiles del contratante del sector público, de diversos pliegos objeto de recientes convocatorias efectuadas durante los meses de junio y julio de 2016. Se trata de averiguar si, en ausencia de normativa de desarrollo, los correspondientes órganos de contratación atribuyen cometidos claros de supervisión a los responsables del contrato, especialmente en la vigilancia del cumplimiento de cláusulas sociales y ambientales.

A resultas de este análisis, afectado por las limitaciones propias de un trabajo de estas características, obtenemos que la Comunidad de Madrid²¹ designa Responsables del contrato para la supervisión de los mismos, asignándoles sobre la base de las

²¹ Contratos de: Mtto. Preventivo y correctivo de las instalaciones de climatización, Servicio de mensajería y transporte de muestras del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, Servicio de explotación y mtto. de las estaciones depuradoras de aguas residuales y Atención psiquiátrica y salud mental ambulatoria para la zona de referencia del Hospital del Tajo.

funciones típicas que recoge el artículo 52 TRLCSP, la más importante de interpretar el PPT, entendiéndose como propuesta al órgano de contratación. No se fijan otras funciones complementarias.

La Junta de Extremadura²² designa un Responsable del Contrato, al que le encarga tareas de típicas de supervisión, tales como: comprobación, coordinación y vigilancia de la ejecución. Sin embargo, merecen destacarse la relación de documentos²³ que obliga a presentar al contratista para garantizar lo que denomina “deber de coordinación preventiva”. El Pliego incorpora además una importante novedad consistente en la posibilidad de que el órgano de contratación pueda recabar directamente de los trabajadores que prestan el servicio, cuanta documentación considere necesaria para verificar el efectivo cumplimiento por el contratista de las medidas ofertadas.

²² Contratación del servicio limpieza en las oficinas del Grupo Extremadura Avante de Mérida, incorporando medidas de conciliación sobre las condiciones laborales de las personas trabajadoras adscritas al contrato.

²³ TC-2, relación de trabajadores, formación en prevención de riesgos laborales. Respecto a las medidas sobre las condiciones laborales de los trabajadores, importe abonado al trabajador en la mensualidad anterior correspondiente a la mejora del plus de transporte, incremento de los días de asuntos propios. Con la factura final, declaración jurada sobre la implantación de la totalidad de las medidas ofertadas sobre condiciones laborales de los trabajadores.

El Gobierno Vasco²⁴ designa también un Responsable del contrato y le atribuye facultades de dirección e inspección. Entre sus funciones destacan: dictado de instrucciones para la correcta realización de la prestación, supervisar las obligaciones asumidas por el contratista, incluso comunicando al departamento o entidad de la CAE que ostente la competencia en el área de actuación correspondiente, proponer penalidades, suspensión y resolución del contrato o adopción de otras medidas para garantizar su cumplimiento, autorizar la alteración de medios humanos y materiales, proponer modificaciones, requerir al contratista datos relativos a las condiciones laborales de los trabajadores, y comprobar la obligación de pago a subcontratistas.

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía²⁵, designa un Responsable del contrato, ateniéndose a los cometidos legales, significando que tendrá libre acceso a los lugares de prestación.

En el ámbito de la Administración Local, Zaragoza²⁶ designa un Responsable del contrato al que le encarga la supervisión de la ejecución del contrato y remite a una

²⁴ Servicio de limpieza de los edificios y locales judiciales (Palacios de Justicia) y de los centros de menores de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

²⁵ Servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización del museo de Málaga-Palacio La Aduana.

²⁶ Contratación del servicio de mantenimiento de equipamiento informático de puesto.

atribución posterior la definición de un ámbito de facultades. Puede contar con colaboradores, en función de títulos profesionales y conocimientos específicos.

Soria²⁷, no se refiere específicamente a la designación del Responsable del Contrato, aunque el Pliego fija la atención en el cumplimiento de obligaciones por el contratista.

Burgos²⁸ designa un Responsable del Contrato, indicando en su cláusula 13 que la supervisión se hará conforme al art. 52 del TRLCSP, remitiendo a un momento posterior (prescripción 2) a la estructura técnica de supervisión que se precise para dirigir y coordinar los trabajos.

Bilbao²⁹ designa igualmente un Responsable del Contrato citándolo en la cláusula 14 con ocasión de la imposición de penalidades, como competente para la realización de la propuesta.

Valencia³⁰ designa un Responsable del Contrato conforme a la previsión del art. 52 TRLCSP y le encomienda el control de

²⁷ Contratación de los servicios energéticos y mantenimiento con garantía total y sustitución de instalaciones térmicas ineficientes de los edificios públicos pertenecientes al Ayuntamiento de Soria.

²⁸ Servicio de mantenimiento de instalaciones eléctricas de baja tensión en edificios municipales.

²⁹ Prestación del servicio del programa "Actividades de ocio y deporte" curso 2015-2016.

³⁰ Servicio de gestión y ejecución de talleres y cursos en los centros municipales de actividades para personas mayores de Valencia.

la ejecución velando para que no se desvíe de lo estipulado, la efectiva finalización de la prestación del servicio, e informar y fundamentar la necesidad y procedencia de prórrogas. Se le reserva igualmente el papel de interlocutor entre la empresa y el órgano de contratación.

Por último, Logroño³¹ también designa un Responsable del Contrato, atribuyéndole el seguimiento del contrato y el dictado de las instrucciones que se precisan para su cumplimiento, con citas concretas en los ámbitos de prevención de riesgos laborales y la coordinación con coordinador técnico de la empresa.

Después de este breve recorrido por las convocatorias de algunas de las administraciones autonómicas y locales, fijamos ahora el foco de atención en determinadas Instrucciones emanadas de los Ayuntamientos de Madrid y Valladolid, y de la Junta de Extremadura. Así, la primera³² se refiere al Responsable del Contrato en su apartado 19, atribuyéndole la facultad de supervisión de forma periódica, concretada en los PPT, según las características de cada contrato. La segunda³³ quizás la más completa y pionera en este aspecto, se refiere en sus artículos 32 y 43 al "Control de la ejecución de los aspectos sociales o medioambientales exigidos u ofertados", introduciendo algunas novedades importantes sobre la base de

³¹ Atención a mujeres víctimas de malos tratos y otras urgencias sociales.

³² (Instrucción 1/16 del Ayuntamiento de Madrid., s. f.)

³³ (Instrucción 1/2015 del Ayuntamiento de Valladolid.)

la facultad concedida a los órganos de contratación en el artículo 52 del TRLCSP, tales como: la posibilidad de que cualquier interesado pueda formular una denuncia sobre el incumplimiento del contratista, que será informada por el Responsable del Contrato; la presentación por el contratista, junto con la factura final, de una declaración responsable de haber cumplido todas las obligaciones de carácter social o medioambiental; la atribución de competencias ejecutivas para el Responsable del Contrato en caso de que los incumplimientos afecten a la seguridad de las personas o cuando la demora en la aplicación de medidas correctoras pueda implicar que devengan inútiles; la articulación de un canal de comunicación, en contratos que tengan como destinatarios directos a ciudadanos o empleados públicos, en el que unos y otros puedan realizar apreciaciones sobre la ejecución del contrato; o el control sobre el cumplimiento de obligaciones sociales y tributarias de los adjudicatarios y subcontratistas en relación con sus respectivos trabajadores intervinientes (Cuotas SS, IRPF y salarios). Y la tercera³⁴, parece que siguiendo el criterio del Ayuntamiento de Valladolid, atribuye igualmente al Responsable del Contrato, en su apartado 19, competencias ejecutivas en el caso de que los incumplimientos afecten a la seguridad de las personas o cuando la demora en la aplicación de medidas correctoras pueda implicar que devengan inútiles. En los demás supuestos resuelve el órgano de contratación.

Por su parte, el Tribunal de Cuentas Europeo, en el documento "Condiciones Generales de los Contratos de

³⁴ (Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, 2016)

suministros, servicios y obras del Tribunal de Cuentas Europeo"³⁵, artículo 20, se refiere a que, junto con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), podrán realizar controles o pedir que se lleve a cabo una auditoría de la ejecución del contrato, iniciarse durante la ejecución del contrato y extenderse por un período de cinco años a partir de la fecha de pago del saldo. Cuando proceda, las conclusiones podrán dar lugar a la recuperación de fondos por el Tribunal de Cuentas.

De reciente publicación debe citarse el Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación³⁶. En su apartado octavo se refiere a la dación de cuenta de las distintas Consejerías sobre la incorporación de los aspectos sociales en la contratación, acreditándose mediante la emisión de dos informes, semestral y anual. La información se reportará, desde la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades a la Junta de Castilla y León, que realizará los ajustes precisos, mediante la utilización de un proceso que recuerda el ciclo "PDCA" de mejora continua de los servicios (planificar, hacer, revisar, corregir)

Tras este análisis, y sin ánimo de generalizar, ya que el estudio tiene unos límites muy concretos, me atrevo a formular la hipótesis de trabajo que anticipaba afirmando que, a la vista

³⁵ (Tribunal de Cuentas Europeo., s. f.)

³⁶ (BOCL 25 Julio 2016).

de la revisión efectuada, la mayoría de los órganos de contratación, en ausencia de normativa de desarrollo, no atribuyen cometidos claros de supervisión a los responsables del contrato, mucho menos con carácter específico cuando se trata de la vigilancia de cláusulas sociales y ambientales, sin que a ello obste la constatación de buenas prácticas como la llevada a cabo por el Ayuntamiento de Valladolid en su Instrucción 1/2015, la Junta de Extremadura en su Instrucción aprobada por Resolución de 25 de febrero de 2016, la Contraloría de Bogotá D.C. en su “Manual de Supervisión de contratos” o la Junta de Castilla y León, mediante el citado Acuerdo.

Las causas pueden ser varias, tales como ausencia de personal especializado, acumulación de tareas concurrentes en los responsables del contrato, pereza o despreocupación de estos en la supervisión de aspectos novedosos como la inclusión de cláusulas sociales (igualdad, empleo de discapacitados y vulnerables) y ambientales (impacto en el medio ambiente de los consumos municipales), interferencias mutuas político-técnicas, carencias metodológicas, inexistencia de intercambio de buenas prácticas, etc.; causas que propician pérdidas de recursos públicos por ineficiencias en el control y supervisión de la ejecución de los contratos.

La integración de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública supone a priori un importante beneficio social, un potente inductor para la consecución de políticas de la competencia de las administraciones contratantes, pero puede verse minimizado, incluso anulado, si en la fase de ejecución de los contratos, no se dispone de una solvente y dedicada estructura de supervisión, con una misión clara, con atribuciones

concretas y efectos precisos. Una vez más volvemos a nuestra ya retórica cuestión planteada en este estudio: **Mucha “potencia sin control”, nos lleva en un pequeño lapso de tiempo a pasar del “folleto publicitario” al olvido, y con él a la pérdida de la oportunidad de influir en el comportamiento de las empresas para conseguir mercados más proclives a las políticas sociales y ambientales.**

En el mismo sentido anterior, La segunda edición del Manual de la Comisión Europea, titulado "*Adquisiciones ecológicas. Manual sobre contratación pública ecológica*"³⁷, que representa la situación sobre la materia en febrero de 2016, en el apartado 6.4 "Supervisión del cumplimiento del Contrato", corrobora la hipótesis que venimos manteniendo al afirmar que "*Disponer de cláusulas contractuales medioambientales sólo es eficaz si el cumplimiento de dichas cláusulas es objeto de una supervisión adecuada*". A continuación ofrece la aplicación de diferentes métodos de supervisión tales como las pruebas de cumplimiento y comprobaciones sobre el terreno, recomendando la inclusión de sanciones en el contrato para el caso de incumplimiento, e incluso de bonificaciones por buen rendimiento.

Efectuada la hipótesis de trabajo, resta demostrar que, en efecto, de la práctica de fiscalización de la contratación pública por el Tribunal de Cuentas se deduce la falta o un precario control en la supervisión.

³⁷ (Comisión Europea, febrero 2016)

IV. DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS. LA ATRIBUCIÓN FUNCIONAL FRENTE AL RESULTADO

Tras la construcción de la hipótesis anterior, avalada por algunos ejemplos de Pliegos e Instrucciones, en los que mayoritariamente hemos visto cómo, a pesar de contener la figura del Responsable del Contrato, no se establecen atribuciones precisas para el desarrollo de sus cometidos tal y como avanza el artículo 52 del TRLCSP, y después de examinar las posibles causas que derivan en una falta de supervisión de los contratos, podríamos presumir que efectivamente no se realiza una eficaz labor de control, acarreando las ineficiencias que han sido puestas de manifiesto respecto al consumo de recursos. Sin embargo, creo que esto es insuficiente. El trabajo podría completarse con una encuesta dirigida a los respectivos órganos de contratación para que se pronunciaran, momentos después de la ejecución de los contratos observados, acerca de cómo ha sido el control de su ejecución (cumplimiento de especificaciones técnicas, mejoras presentadas, plazo, condiciones especiales de ejecución, aspectos sociales y ambientales valorados como criterio de adjudicación, imposición de penalidades, etc.) pero, en su lugar, he optado por acudir a una instancia objetiva, el Tribunal de Cuentas del Estado, que nos aleja de las naturales apreciaciones complacientes que realizarían los órganos de contratación, teniendo en cuenta todas las variables que intervienen en la realización de la actividad y que he calificado como causas de una inoperante supervisión en el apartado anterior.

En este sentido, puede verse el Informe núm. 1.123³⁸ "INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN REALIZADA POR LOS MINISTERIOS DEL ÁREA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL ESTADO Y SUS ORGANISMOS DEPENDIENTES DURANTE EL EJERCICIO 2013", cuyo apartado IV "CONCLUSIONES", punto 4., recoge la siguiente afirmación: "En numerosos expedientes no consta la documentación acreditativa de la realización total del contrato a satisfacción de la Administración". Y, seguidamente, en su Recomendación 2. dice: "Sería recomendable llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades."

En su informe núm. 1.066³⁹, sobre "FISCALIZACIÓN RELATIVA A LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL CELEBRADA DURANTE EL EJERCICIO 2012", el mismo Tribunal, apartado V.5 "En relación con el análisis de la ejecución de los contratos y de las incidencias producidas", concluye: "Cuarta.- Con carácter general, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares regulan la posibilidad de nombrar un "responsable del contrato", encargado de la supervisión y adecuado cumplimiento de la ejecución, figura prevista, con carácter potestativo, en el artículo 52 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien no consta, con carácter

³⁸ (Tribunal de Cuentas del Estado, 2013)

³⁹ (Tribunal de Cuentas del Estado, 2012)

general, que se haya realizado dicho nombramiento de forma específica.

Quinta.- Se ha constatado, en algún caso, retrasos en la ejecución del contrato. En determinados supuestos en los que se detectó incumplimiento por parte del contratista, no constaba que la Entidad contratante hubiera procedido a la resolución del contrato o a la efectiva exigencia de las penalidades correspondientes.", y acaba recomendando lo siguiente: "Segunda.- Sería recomendable llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades."

En su Informe núm. 1.131⁴⁰ titulado "INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LA ENTIDADES LOCALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA, EJERCIO 2012", distingue entre los distintos tipos de contratos. Así, respecto del de Obras detecta significativas demoras y ampliaciones de los plazos de ejecución que no constan justificadas, "por haberse producido mediante prórrogas concedidas sin atender a las prescripciones normativas o contractuales o por recepcionarse fuera del plazo establecido legalmente.". En relación con el de suministro, se refiere a dos contratos que se recepcionaron antes de que se ejecutaran las mejoras ofertadas. Respecto del de Servicios, detecta la deficiencia de falta de diligencia de conformidad administrativa de las facturas. Y por lo que a esta parte del trabajo interesa, añade en su Recomendación 8. "Debería requerirse por las

⁴⁰ (Tribunal de Cuentas del Estado 2012, s. f.-b)

entidades locales una mayor diligencia en la vigilancia y control de la ejecución de los contratos, para que estos se cumplan con las condiciones y en los plazos establecidos, y detectarse y resolverse con celeridad e inmediatez las incidencias producidas durante la ejecución, tramitándose, con rigor y celeridad, los expedientes de imposición de penalidades y la reclamación de daños y perjuicios a los contratistas por demoras o por cualquier otro incumplimiento contractual que les fuese imputable."

En, en su informe núm. 1.062⁴¹ titulado "INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA RIOJA, EJERCICIO 2012", llega a unas conclusiones similares a las ya vistas para Extremadura sobre demoras y ampliaciones de plazo injustificadas, o falta de conformidad a las facturas que, en este caso, extiende también a los contratos administrativos especiales. Termina con la misma recomendación sobre la necesidad de una mayor vigilancia y control en la ejecución de los contratos.

De este último ejercicio, el informe 982⁴² titulado "INFORME DE FISCALIZACIÓN DEL FONDO ESTATAL DE INVERSIÓN LOCAL", al fiscalizar la ejecución del fondo creado por R.D.Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local destinado a promover la realización por parte de los Ayuntamientos de inversiones creadoras de empleo, para favorecer el mantenimiento y

⁴¹ (Tribunal de Cuentas del Estado 2012, s. f.-a)

⁴² (Tribunal de Cuentas del Estado 2012, s. f.-c)

creación de puestos de trabajo, detecta desviaciones a la baja entre el número de puestos de trabajo comprometidos en la adjudicación de los contratos y su ejecución real, así como la contratación de un elevado número de trabajadores por períodos de tiempo muy cortos. En consecuencia, acaba recomendando al Ministerio de Administraciones Públicas que, en la instrumentación de nuevos fondos de similares características, *“se fijen objetivos cuantificables e indicadores de seguimiento previamente definidos y claramente identificados que permitan valorar los resultados tras la realización de los informes de seguimiento y controles financieros de la IGAE y el órgano gestor.”*

Si nos referimos a América Latina, puede citarse el Informe General de la Contraloría General del Estado de Ecuador⁴³, en el que con ocasión del examen especial a la planificación y procesos de contratación, ejecución, recepción de obras y adquisiciones de bienes muebles a nivel nacional, en el ejercicio de 2010, se concluye que *“la Dirección Administrativo y servicios ejecuta las fases de los diferentes procesos de contratación asignando funciones al personal que se encuentra disponible en el Departamento Administrativo, sin aplicar sistemas de seguimiento con el propósito de vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la materia.”* Y recomienda la capacitación del personal en los diferentes procedimientos de contratación y la creación de una base de datos para que el personal encargado de la ejecución de los contratos pueda efectuar el seguimiento y toma de decisiones.

⁴³ (Contraloría General del Estado de Ecuador. Informe General. 2013, s. f.)

Igualmente el Informe de visita de control de la Contraloría General de la República del Perú⁴⁴, partiendo de la identificación de hechos que han generado riesgos, tales como: entregas fuera de plazo, incidencias en la recepción, almacenamiento de los productos en instalaciones inadecuadas, o falta de correspondencia entre los certificados de calidad del producto y el entregado por el proveedor, que pueden afectar al desarrollo de la ejecución del Programa; concluye recomendando la puesta en conocimiento del Titular de la Entidad contratante de los riesgos identificados *"con la finalidad de que implemente las medidas preventivas pertinentes, que mitiguen o superen los riesgos comentados"*.

Recientemente, la Comisión Europea⁴⁵, en la recomendación que hace a España para reducir el déficit

⁴⁴ (Contraloría General de la República del Perú. Regional de Pucallpa. 2016, s. f.)

⁴⁵ (European Commission. Brussels, 2016) Recomendación (14): ... *"The absence of an independent body in charge of ensuring efficiency and legal compliance in public procurement throughout the country hampers the proper implementation of procurement rules and may create opportunities for wrongdoings, both of which have negative impacts on the situation of Spain's public finances."*

Article 1.6: "Spain shall set up a consistent framework to ensure transparency and coordination of public procurement policy across all contracting authorities and entities with a view to guaranteeing economic efficiency and a high level of competition. Such framework shall include appropriate ex-ante and ex-post control mechanisms for public procurement to ensure efficiency and legal compliance."

excesivo, pone de manifiesto que la falta de un órgano independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento legal en la contratación pública en todo el país dificulta la correcta aplicación de las normas de contratación y puede tener impacto negativo en la situación de sus finanzas públicas. Consecuente con ello, decide entre otras medidas de su artículo 1 que España debe crear un marco coherente para garantizar la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública a través de todos los poderes y entidades con el fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Este marco incluirá los mecanismos de control ex ante y ex post necesarios para garantizar la eficiencia y el cumplimiento legal de la contratación pública.

Tras este nuevo análisis, limitado por el propio alcance de la revisión documental (sólo se incluyen los últimos informes del Tribunal de Cuentas del Estado) puede corroborarse la hipótesis planteada de constatación, al menos, de un mejorable control y supervisión de la ejecución de los contratos. Naturalmente, no de todos sus aspectos, no de todas sus variables, pues tampoco se encuentran referencias concretas recientes al cumplimiento de cláusulas sociales y ambientales, especialmente cuando éstas han sido objeto de valoración.

A continuación, la pregunta que se impone es ¿qué hacer para acometer esta importante área de mejora detectada sobre la supervisión de los contratos en su ejecución?. De ello se ocupa el siguiente apartado.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE MEJORA.

Partimos, como ya se ha visto, de que la competencia para la designación de un responsable del contrato, así como las facultades que se le atribuyan, es del órgano de contratación, y que éste no está limitado por titulaciones o cualificaciones técnicas específicas, que dependerán del objeto del contrato, sin perjuicio de las funciones legalmente reservadas al director de la obra en este contrato⁴⁶.

Son los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares los que contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa atribuida al órgano de contratación, permitiendo como se indica en el informe anotado, *"diversas soluciones de ejercicio, ya sea directamente por el órgano de contratación, ya sea designando un director del contrato, funcionario o no, o incluso designando una persona ajena a la Administración"*, atendiendo a las circunstancias de cada expediente.

Hasta ahora, los modelos vistos optan por la designación de un responsable del contrato o, en su caso, de un Director de Obra, órganos unipersonales⁴⁷ que, en función de la complejidad

⁴⁶ Así lo contemplan las conclusiones del Informe 1/2008, de 4 de marzo de 2008, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares.

⁴⁷ Circunstancialmente puede citarse, como órgano colegiado, la Comisión Técnica de Verificación y Evaluación, creada por el Capítulo III de la Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral,

del objeto del contrato, puede requerir del nombramiento de colaboradores.

Sabemos igualmente que, sobre la base de estas estructuras organizativas comunes a la mayoría de las organizaciones, el control de la ejecución de los contratos necesita mejorarse para, al menos, mitigar las causas que conducen a una incompleta supervisión, tales como falta de conocimientos específicos, concurrencia de tareas que inciden en la dedicación de los responsables del contrato, pereza a salir de la zona de confort para contribuir al logro de otras políticas sociales y ambientales, actitudes en exceso tolerantes, flexibles o complacientes de las necesidades del contratista, incompatibles con la defensa del interés público, o la falta de método o sistema organizativo y de coordinación para el chequeo de las actividades.

Tenemos el punto de partida: una mejorable supervisión de los contratos, afectada por unos elementos causales sobre los que actuar, tenemos el objetivo: conseguir una eficiente utilización de los recursos dedicados a la contratación, y sabemos que se necesitan soluciones en diversos ámbitos como

con funciones de verificación del cumplimiento de estos contratos y de propuesta para la imposición de penalidades a los órganos de contratación del Sector Público Foral. Capítulo que ha sido anulado íntegramente por sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, núm. 617/2014, de 30 de diciembre (confirmada por el TS en casación, sentencia 1242/2016, de 31 de mayo), *“por alterar el diseño legal sobre la materia de contratación pública en relación con los órganos, elementos integrantes y procedimientos a través de los cuales el cumplimiento de las cláusulas contractuales pueda ser fiscalizado”*.

el de la formación, el eficaz desempeño de las tareas, incrementando el tiempo dedicado a control, la interiorización de la contratación pública como herramienta al servicio de fines superiores que buscan una mejor calidad de vida para los ciudadanos, y la utilización de controles objetivos, basados en datos para la toma de decisiones. Todo ello sobre la base de una responsabilidad, como apunta el Código Civil, en su artículo 1719 para la ejecución del mandato, propia de “un buen padre de familia”, esto es, como si lo que se construye, se sirve o se compra fuera nuestro.

¿Pero es esto suficiente?, en mi opinión no. Se precisan reformas en la función de supervisión que afectan a la propia estructura organizativa y que nos conducen a repensar el mayoritario modelo existente de órgano unipersonal con colaboradores dependientes y ubicados en las propias dependencias demandantes o promotoras del contrato, sobre cuya operatividad nos hemos pronunciado en este trabajo. Me pregunto, referido exclusivamente a los estrictos límites competenciales de los órganos de contratación, por qué no crear en el ámbito funcional de los Departamentos, Unidades o Direcciones de gestión de la contratación pública de nuestras administraciones, un nuevo órgano, de carácter transversal, capaz de complementar las atribuciones de control y supervisión de los Responsables de Contrato y coadyuvar a la función de fiscalización de la Intervención.

Estructuralmente, y en función de las necesidades de cada administración o entidad, su contenido funcional, competencias académicas y profesionales, e imbricación jerárquica puede ser

diferente. Por esta razón, mi propuesta opta por algunas variantes que se definen a continuación bajo el mismo esquema:

PRIMERA VARIANTE: Unidad de apoyo a la supervisión de la ejecución los actos de gestión administrativa de los contratos públicos municipales:

o Desarrollo funcional:

- Colaborar con el Responsable del Contrato en la fase de diseño de la obra, suministro o prestación, aportando sus conocimientos técnicos para valorar la oportunidad y necesidad de la contratación, así como la inclusión de cláusulas sociales, ambientales o de innovación.

- Velar por el cumplimiento de las obligaciones de carácter administrativo impuestas por el PCAP u ofertadas por el adjudicatario en su proposición. Entre ellas, las relacionadas con la contratación de mujeres en sectores en los que está subrepresentada, grupos vulnerables, mantenimiento de condiciones de trabajo, salario, cotizaciones a la SS, ingreso por IRPF ante la AEAT, acreditación de gestión de los residuos, etc.

- Recepcionar los documentos que justifican el cumplimiento de las obligaciones anteriores.

- Colaborar con el Responsable del Contrato en la solución de incidencias, interpretaciones, modificaciones y prórrogas de los contratos relacionadas con el cumplimiento de las citadas obligaciones.

-
- Alertar al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato verificados mediante los controles preventivos que lleve a cabo.
 - Proponer al órgano de contratación las acciones correctoras precisas para subsanar las desviaciones observadas en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

SEGUNDA VARIANTE: Unidad de seguimiento y control de la supervisión de la ejecución de los contratos públicos municipales, realizada por los Responsables del Contrato.

○ Desarrollo funcional:

- Realizar auditorías sistemáticas de las mejorables tareas de supervisión llevadas a cabo por los Responsables de Contrato y Directores de Obra, para evaluar el cumplimiento de la ejecución de los contratos.
- Colaborar con el Responsable del Contrato en la fase de diseño de la obra, suministro o prestación, aportando sus conocimientos técnicos para valorar la oportunidad y necesidad de la contratación, así como la inclusión de cláusulas sociales, ambientales o de innovación.
- Colaborar con el Responsable del Contrato en la solución de incidencias, interpretaciones, modificaciones y prórrogas de los contratos relacionadas con el cumplimiento de las citadas obligaciones.

-
- Alertar al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato verificados mediante los controles preventivos que lleve a cabo.
 - Proponer al órgano de contratación las acciones correctoras precisas para subsanar las desviaciones observadas en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

TERCERA VARIANTE (MIXTA): Unidad de apoyo a la supervisión de la ejecución de los contratos públicos municipales, y control y seguimiento de las tareas realizadas por los Responsables del Contrato.

○ Desarrollo funcional:

- Realizar auditorías sistemáticas de las mejorables tareas de supervisión llevadas a cabo por los Responsables de Contrato y Directores de Obra, para evaluar el cumplimiento de la ejecución de los contratos.
- Colaborar con el Responsable del Contrato en la fase de diseño de la obra, suministro o prestación, aportando sus conocimientos técnicos para valorar la oportunidad y necesidad de la contratación, así como la inclusión de cláusulas sociales, ambientales o de innovación.
- Velar por el cumplimiento de las obligaciones de carácter administrativo impuestas por el PCAP u ofertadas por el adjudicatario en su proposición. Entre ellas, las relacionadas con la contratación de mujeres en sectores en los que está

subrepresentada, grupos vulnerables, mantenimiento de condiciones de trabajo, salario, cotizaciones a la SS, ingreso por IRPF ante la AEAT, acreditación de gestión de los residuos, etc.

- Recepcionar los documentos que justifican el cumplimiento de las obligaciones anteriores.
- Colaborar con el Responsable del Contrato en la solución de incidencias, interpretaciones, modificaciones y prórrogas de los contratos relacionadas con el cumplimiento de las citadas obligaciones.
- Alertar al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato verificados mediante los controles preventivos que lleve a cabo.
- Proponer al órgano de contratación las acciones correctoras precisas para subsanar las desviaciones observadas en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

De las variantes descritas, la primera contribuiría eficazmente a descargar de tareas de control administrativo, poco consideradas por los responsables técnicos del contrato, más ocupados en el desarrollo substantivo de la obra o prestación. A su vez, liberados de tareas formales, la menor carga de trabajo conduciría a una mejora cualitativa de la supervisión en aspectos propios del objeto del contrato, tales como especificaciones técnicas, control del presupuesto, plazo, calidad de la prestación, atención a usuarios, solución de incidencias y, especialmente, la ejecución de cláusulas sociales y ambientales.

La segunda, podría servir como revulsivo para una supervisión más exhaustiva por los responsables del contrato, y

sus auditorías, controles y no conformidades pueden ayudar a la mejora continua de los servicios, siendo ésta su más genuina función. Si bien, no deja de ser una fiscalización del trabajo de los Responsables, que no aporta un valor añadido neto, puesto que no participa ni colabora en tareas de supervisión del proceso de ejecución. Lejos de la variante anterior, produce un consumo de recursos que no se justifica inmediatamente en la liberación de carga alguna para los responsables del contrato.

Finalmente, la tercera toma lo mejor de cada una de las enunciadas, pues asume el ejercicio formal de supervisión de la ejecución, descargando de trabajo a los responsables del contrato, y audita el proceso de las tareas de supervisión realizadas por estos, convirtiéndose en un importante revulsivo orientado al eficaz cumplimiento de su función. Naturalmente, serán necesarios más recursos pues la tarea a realizar es sustancialmente mayor. También el potencial de eficiencia obtenido en la ejecución del gasto.

Queda por examinar en este trabajo, si el aumento de recursos públicos dedicados a la supervisión, en cualesquiera de las variables propuestas, se justifica en los ahorros procedentes de una ejecución contractual eficiente, esto es, en la ausencia de modificados no justificados, mayores índices de calidad prestacional, mayor número de usuarios atendidos, menos reclamaciones, mayor motivación de los trabajadores al servicio del contrato, mayor satisfacción social por la creación de empleo para los más vulnerables, eliminación de impactos en el medio ambiente procedentes del consumo de bienes y servicios por la administración contratante, penalización a las empresas que no

interioricen sus costes ambientales, mayor transparencia⁴⁸, etc. En mi opinión, se justifica sobradamente, coincide con el sentir mayoritario de los gestores de la contratación. Sin embargo, los beneficios de una controlada ejecución del contrato se nutren en buena parte de intangibles como la mejora de la calidad de servicio que son difíciles de cuantificar si no es sobre la base de la variada problemática que presenta esta fase del procedimiento y de los perjuicios causados a la hacienda pública, derivados del reconocimiento de indemnizaciones varias a las que las administraciones se enfrentan, como por ejemplo en materia de responsabilidad solidaria por impago de salarios, cotizaciones a la SS o práctica de retenciones por IRPF. Es decir, que siendo de difícil estimación, la cuenta de resultados extraída de la experiencia conjunta de los distintos pronunciamientos judiciales y de los tribunales de recursos contractuales, sirve para sostener, también del lado de la eficiencia, el incremento de recursos personales y materiales necesarios para el funcionamiento del órgano propuesto.

En cualquier caso, lo dejo anotado y podría ser objeto de un próximo trabajo que complemente el realizado.

⁴⁸ (Pintos Santiago & Lico, 2016) Revista Práctica Contratación Administrativa nº 141, enero-febrero 2016, Nº 141, 1 de ene. de 2016, Editorial LA LEY. Refiriéndose a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, dicen: *"A continuación el Considerando 82 anuncia que para garantizar la transparencia necesaria en el contexto de los procedimientos de contratación que conlleven la celebración de negociaciones y diálogos con los licitadores, aquellos de estos últimos que hayan hecho una oferta admisible deben, excepto cuando existan motivos graves para no hacerlo, estar también autorizados a solicitar información sobre la ejecución y el avance del procedimiento"*.

VI BIBLIOGRAFÍA:

Comisión Europea. (2011). *Adquisiciones Ecológicas. Manual sobre contratación pública ecológica. European Commission* (Vol. 18). <http://doi.org/10.2779/74936>

Contraloría de Bogotá DC-Colombia. (2012). Manual de Supervisión de Contratos de la Contraloría de Bogotá DC, 1-19. Recuperado a partir de http://www.cniconsultores.com.mx/blog/wp-content/uploads/2014/03/manual_de_supervision_de_obra.pdf

Escrihuela Morales, Javier. "La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y de servicios, 4ª edición", Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, Mayo 2012.

Lago Núñez, G. (2016). "La Ejecución de los contratos públicos". *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 120, Sección Reflexiones, del 1 Jun. al 31 Jul. 2012, pág. 64, Editorial LA LEY. *Contratación Administrativa Práctica*, 120, 64.

Martínez Fernández, J. M. (2015). Concomitancias del derecho laboral con el derecho de contratación pública. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 2011(9), 1110-1136. Recuperado a partir de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5076601>

Ortega Olivencia, L. (s. f.). Control Económico Presupuestario. El Coste de los Servicios públicos locales, 1-6. El Consultor 5-2014

Pintos Santiago, J. & Lico, M. A. (2016). Estudio del derecho de la contratación pública argentino y de la Unión Europea sobre la base del principio de transparencia, (1), 1-12.

Solorzano García, M., Navío Marco, J., & Contreras Comeche, R. (2015). Incorporación de valor social a la contratación pública en España: Situación y perspectivas Julio Navío Marco Social value incorporation to public procurement in Spain: Situation and prospects. *reALA*, (4), 10. Recuperado a partir de

[http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path\[\]=10306&path\[\]=10836](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path[]=10306&path[]=10836)

VII OTROS DOCUMENTOS DE ESTUDIO

Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación.

Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, 25 de febrero de 2016. (2016). Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 23 de febrero de 2016 , por el que se aprueba la Instrucción sobre

incorporación de criterios sociales , medioambientales , de promoción de las pymes y de impulso de la sostenibilidad en la cont, 4350-4395.

Contraloría General de la República del Perú. Regional de Pucallpa. 2016. (s. f.). Informe de visita de control de la Contraloría Regional de Pucallpa. «Ejecución contractual del programa vaso de leche».

Contraloría General del Estado de Ecuador. Informe General. 2013. (s. f.). Éxamen especial a la planificación y procesos de contratación, ejecución, recepción de obras y adquisiciones de bienes muebles a nivel nacional de la Contraloría General del Estado, por el período comprendido entre el 1 de Enero al 31 de Diciembre de 2010.

European Commission. Brussels, 27.7.2016 COM(2016) 518 final. (2016). Recommendation for a Council Decision. Brussels, 27.7.2016. COM (2016) 518 final giving notice to Spain to take measures for the deficit reduction judged necessary in order to remedy the situation of excessive deficit {SWD(2016) 263 final} EN. 27.7.2016, COM (2016), 518 final. <http://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

Informe 38-2/11, de 7 de julio. (s. f.). Códigos de buenas prácticas ambientales, para la contratación de los servicios de limpieza de edificios para el desarrollo del Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado., 1-12.

Instrucción 1/16 del Ayuntamiento de Madrid. (s. f.). No Title No Title. *Instrucción 1/2016 relativa a la incorporación de*

cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal.
<http://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

Instrucción 1/2015 del Ayuntamiento de Valladolid. (2015). (Aprobada en Junta de gobierno de 17-04-2015). *Instrucción 1/2015, de Secretaría General, para impulsar la Eficiencia y Sostenibilidad en la Contratación Pública del Ayuntamiento de Valladolid, e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y , 1-61.*

Instrucción de 21 de diciembre de 2012. (s. f.). Comisión Delegada del Gobierno de Adquisiciones e Inversiones por la que se establecen medidas para la correcta ejecución de los servicios que vayan a ser objeto de contratación, 1-2.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón Informe 1/2013, de 27 de febrero. (s. f.). Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón Informe 1/2013, de 27 de febrero.

Recomendación 1/2012, de 4 de diciembre. (2012). Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía., 1-6.

Tribunal de Cuentas del Estado. (2012). Fiscalización relativa a la contratación del Sector Público Estatal celebrada durante el ejercicio 2012. Informe 1066.

-
- Tribunal de Cuentas del Estado. (2013). Informe de fiscalización de la contratación realizada por los ministerios del área político-administrativa del estado y sus organismos dependientes durante el ejercicio 2013, 31109847.
- Tribunal de Cuentas del Estado 2012. (s. f.-a). Informe 1.062 de Fiscalización de la Contratación de las Entidades Locales de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Ejercicio 2012.
- Tribunal de Cuentas del Estado 2012. (s. f.-b). Informe 1.131 de Fiscalización de la Contratación de las Entidades Locales de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Ejercicio 2012.
- Tribunal de Cuentas del Estado 2012. (s. f.-c). Informe de Fiscalización del Fondo Estatal de Inversión Local.
- Tribunal de Cuentas Europeo. (s. f.). Condiciones generales de los contratos de suministros , servicios y obras del Tribunal de Cuentas Europeo, 1-27.

"CONFIDENCIALIDAD Y TRANSPARENCIA EN CONTRATACION PUBLICA".

D^a. Antonia Olivares Hortal.

Jefe Asesoría Jurídica. Consorcio Sanitario de Terrassa.
Departamento de Salud. Generalitat de Catalunya.

Fecha de finalización del trabajo: junio 2016

Resumen:

No todo es absoluto. En el contexto de la contratación administrativa y en relación a los principios de Confidencialidad y Transparencia, la frase es perfectamente aplicable. En efecto, es necesario establecer el equilibrio entre estos dos principios a lo largo de todo el procedimiento de contratación.

En este artículo describimos la manera en la que el legislador Español y Europeo ha tratado el principio de Transparencia y de Confidencialidad. Describimos también las condiciones de ejercicio del acceso al expediente.

Una de las conclusiones que extraemos es la obligatoriedad de mantener el equilibrio entre el principio de Confidencialidad y Transparencia. Este trabajo también analiza las consecuencias que la búsqueda de equilibrio, tiene para el poder adjudicador.

Palabras Clave: Confidencialidad; transparencia; publicidad; equilibrio; acceso.

Abstract.

Not everything is absolute. In the context of the administrative contracting and in relation to the principles of confidentiality and transparency, the phrase is perfectly applicable. Indeed, it is necessary to establish the balance between these two principles throughout all the procurement procedure.

In this article, we describe the way in which the legislator Spanish and European has dealt the principle of transparency and confidentiality. We also describe the conditions of exercise of access to the file.

One of the conclusions that we extract is the obligation to maintain the balance between the principle of confidentiality and transparency. This article also discusses the consequences of the search for equilibrium, for the Contracting Authority.

Keywords: Confidentiality; transparency; advertising; balance; access

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ENCUADRAMIENTO LEGAL DEL CONCEPTO DE CONFIDENCIALIDAD

1 Derecho español

2. Derecho europeo

III. CONFIDENCIALIDAD Y TRANSPARENCIA: CARGA PARA LA ADMINISTRACIÓN

IV. TRANSPARENCIA EN LA LICITACIÓN

V. CONCLUSIONES

VI. RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA

VII. ANEXO DOCUMENTAL BIBLIOGRÁFICO

I. INTRODUCCIÓN

Entiéndase por confidencialidad aquello relativo a una revelación secreta o noticia reservada; entendamos también transparencia como aquello que es evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad, siendo fácil de adivinar o vislumbrar.

En el contexto de la contratación pública, el concepto de transparencia no se concibe sin el ejercicio de la publicidad de los actos administrativos. Así pues, a la luz de estas dos palabras: confidencialidad y transparencia, se establece el siguiente interrogante: ¿cómo se separa el principio de

confidencialidad del principio de publicidad en el expediente de contratación? El presente artículo intenta dilucidar sobre el interrogante.

El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece el derecho de toda persona a que las instituciones órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente .Es en este entorno donde se incluye el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

En el ordenamiento jurídico español la Constitución Española regula en el artículo 105.b el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. Fruto de lo establecido constitucionalmente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común reconoce ampliamente el principio de transparencia. En efecto, la norma recoge en los artículos 35.h y 37 la participación de los ciudadanos en la elaboración de las disposiciones y actos administrativos, a través del trámite de información pública.

En concordancia con el marco general establecido en la Constitución y en la Ley la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común y ya en el contexto de la contratación administrativa, el poder adjudicador tiene la obligación de velar para que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se preserven la

confidencialidad de las ofertas. De hecho, éstas no se examinarán hasta que ⁴⁹venza el plazo previsto para su presentación.

El contenido básico de este trabajo se presenta en tres epígrafes: en primer lugar se describe cómo se circunscribe el término confidencialidad y transparencia en la normativa estatal y comunitaria. En segundo lugar hemos querido analizar las consecuencias que tiene para la Administración el ejercicio del derecho a la confidencialidad que el operador económico puede otorgar a una determinada información. Es aquí donde consideramos que, el ejercicio del derecho de confidencialidad es para la Administración una carga.

En tercer lugar hemos analizado las condiciones de ejercicio del derecho a la Transparencia, donde se expone quién está legitimado para acceder al expediente, en qué momento se puede ejercer este derecho y cuál es la información concreta a la que la Administración debe dar acceso. Aparentemente son cuestiones pacíficas, no susceptibles de generar problemas para describirlas; pero el día a día de la actividad administrativa, deja ver lo contrario. Prueba de ello son las múltiples Resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos en este contexto.

Las conclusiones de este trabajo se ciñen a unas ideas clave. A modo de ejemplo describimos a continuación:

⁴⁹ En el contexto europeo, dicha circunstancia está recogida en el artículo 22 de la Directiva 2014/24, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Confidencialidad y Transparencia no son términos absolutos⁵⁰. A la vez afirmamos que un licitador no puede declarar todo el contenido de su proposición como confidencial, siendo necesario la búsqueda del equilibrio entre los dos principios. Por último destacamos que la legislación española no va a necesitar grandes adaptaciones para aplicarse en nuestro país porque la mayor parte del régimen establecido en las Directivas de cuarta generación, ya está considerado en el actual Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

II. ENCUADRAMIENTO LEGAL DEL CONCEPTO DE CONFIDENCIALIDAD: DERECHO ESPAÑOL Y EUROPEO.

1. DERECHO ESPAÑOL.

Semánticamente podríamos afirmar que no existe relación entre el concepto de confidencialidad y el de transparencia; sin embargo lo cierto es que, en el contexto de la contratación pública, el primero entra en juego cuando aparece el segundo. En efecto, el límite a la transparencia en el expediente de contratación, lo marca precisamente el derecho del licitador a que determinada información sea

⁵⁰ Informe 15/2012, de 19 de Septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 14 de Febrero de 2008 (asunto C-450/06), referenciada en el informe detallado.

considerada como confidencial para salvaguardar posibles secretos comerciales o técnicos.

Un rápido recorrido por la normativa más importante reguladora de la contratación pública lo encontramos en los siguientes textos legislativos⁵¹:

-Decreto de 27 de febrero de 1852 publicado por Bravo Murillo.

-Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obres públicas, de 18 de marzo de 1903.

-Ley de Administración y contabilidad de la Hacienda Pública (capítulo V), de 1 de julio de 1911.

-Ley 20 diciembre de 1952 per la cual se modifica el capítulo V de la Ley de Administración y contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911.

-Decreto 9 de enero de 1953 por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

-Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratación del Estado.

⁵¹ DE LA MORENA, J." Evolución histórica de la contratación pública en España". Disponible en web ["http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/relegatoria.121/reلمenu.3/chk.e2db6ab74524409a96997ab947dc3075"](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/relegatoria.121/reلمenu.3/chk.e2db6ab74524409a96997ab947dc3075) [consultado el 1 de mayo de 2016]

El autor hace un interesante recorrido por los principales textos normativos que regulan la contratación. No obstante en el presente trabajo hemos añadido textos que directa o colateralmente han tenido o tienen incidencia en la contratación.

- Decreto 923/1965, de 8 de abril por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.
- Decreto 3637/1965, de 25 de noviembre, por el que se regulan los actos del estado y sus organismos autónomos referentes a obra, gestión de servicios o suministros que se celebren en el extranjero.
- Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado.
- Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por el que se regulan los contratos de asistencia que celebre la Administración del Estado y sus organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios.
- Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado.
- Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, en la Administración del Estado, sus organismos autónomos y Seguridad Social.
- Real Decreto 2357/1985, de 20 de noviembre por el que se regulan los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, de carácter excepcional en la Administración Local.
- Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

-Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

-Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

-Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

-Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

-Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

-Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

-Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

-Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

-Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

-Borrador de anteproyecto de ley de contratos del sector público, 17 de abril de 2015.

Observando los textos descritos destacamos que hasta 1852 con el Decreto de 27 de febrero publicado por Bravo Murillo, no se había planteado la necesidad de incorporar en el sistema al menos una consideración a aquellas conductas susceptibles de hacer peligrar las garantías con las que la Administración debe actuar.

A la vez observamos que hasta el año 1995 el legislador no introduce el concepto de transparencia en la normativa de contratación. Lo hace tímidamente en la exposición de motivos de la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Hasta esa fecha, ni el momento histórico ni las necesidades estructurales exigían coberturas jurídicas más estrictas sobre contratación administrativa. Por este motivo los textos legislativos de estas décadas se limitaban en cada momento a establecer en el ordenamiento una regulación completa de los contratos del Estado bajo principios jurídicos y administrativos acordes con las necesidades del momento.⁵²

No obstante, podríamos decir que el legislador en el año 1952 ya se acercó al concepto de transparencia. Para llegar a esta afirmación tenemos que destacar la vinculación que existe entre el concepto de transparencia y el de publicidad. En este contexto afirmamos que no se concibe que la relación

⁵² cfr. Exposición de motivos de la Ley 198/1963, de 28 de Diciembre de Bases de Contratos del Estado.

de la Administración pueda entenderse como transparente, sino se conocen cada acto que ésta dicte, a través de su correspondiente publicidad.

El legislador en el año 1952⁵³ al regular la contratación para la gestión de obras y de servicios públicos establece que cuando se acuerde la celebración de subastas, el tipo o precio se determinará en el pliego de condiciones para que éste tenga publicidad. El hecho de publicitar el tipo denota que la Administración a pesar de ser ajena a la relación que ahora vemos como existente entre publicidad y transparencia, pretendía dotarse de cierta translucidez en su actuación.

Hay otra ocasión en la que, en el mismo sentido que el texto de 1952, el legislador quiere dotar de transparencia a su actuación. Nos referimos al texto legislativo del año 1963. En efecto, la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratación del Estado establece en la base decimoquinta, referida a la clasificación y calificación de licitadores, la creación de un registro de contratistas⁵⁴. Con dicho instrumento la Administración pretendía dar publicidad a las decisiones tomadas sobre dichos contratistas. Es en este contexto donde vemos un atisbo en el uso de la transparencia en la contratación.

⁵³ art.151 de la ley 20 diciembre de 1952 per la cual se modifica el capítulo V de la Ley de Administración y contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911.

⁵⁴ Tal y como establece la base XV de la Ley 198/1963, de 28 de Diciembre de Bases de Contratos del Estado, destacamos que es la primera vez que una norma regula la clasificación y calificación de contratistas (de obras) con vistas a su selección.

Fuera del intento descrito es hora de remarcar que el primer texto legal que alude al concepto de transparencia de una manera directa es la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas. En el punto cinco del considerando primero establece *"la necesidad de garantizar plenamente la transparencia en la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia"*.

Como ya hemos manifestado existe cierta interrelación entre el término transparencia y confidencialidad. La debilidad con la que el concepto de transparencia es tratado en la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas tiene como consecuencia la falta de alusión al término de confidencialidad.

Ya en el año 2000⁵⁵ se establece por el legislador la voluntad de declarar las proposiciones de los licitadores como secretas hasta el momento de la licitación, siendo aplicadas aquellas medidas para garantizar dicho carácter secreto. Todo indica que el mismo texto proclamaría el derecho de los licitadores a que el contenido de sus proposiciones fuera declarado confidencial; pero no fue así. En efecto el Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no contiene todavía referencia alguna a este tipo de

⁵⁵ Art.79 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Administraciones Públicas.

derecho a la confidencialidad de las ofertas que las empresas pueden en un momento dado hacer valer.

Quizá por el motivo indicado anteriormente, el concepto de confidencialidad como derecho del licitador a preservar determinada información vertida en su oferta técnica, no aparece hasta la regulación establecida en el año 2001⁵⁶. Fue entonces cuando el legislador proclama el carácter confidencial de los datos facilitados por los empresarios.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece la obligación de la administración de salvaguardar el carácter confidencial que las empresas hubiesen declarado respecto de sus proposiciones.

De hecho la norma establece bilateralmente la obligación de confidencialidad, refiriendo el término tanto para la Administración como para el operador económico. En este sentido, el artículo 124.1 de la Ley establece la obligación de los órganos de contratación de no divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial. Por su parte el artículo 124.2 determina esta obligación confidencial respecto del contratista al determinar que *"el contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiera dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato o que por su naturaleza deba ser tratada como tal"*.

⁵⁶ Art.12 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Destacamos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el detalle establecido en el artículo 26 respecto de la confidencialidad ya que al describir el contenido del contrato, se determina que *"éste contendrá la extensión objetiva temporal del deber de confidencialidad que en su caso se imponga al contratista del contrato"*.

En definitiva dicha Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, somete la tramitación y adjudicación del contrato a principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación. No obstante nuestro interés por esta ley radica en el hecho de que el término "confidencialidad" se perfila como otro de los principios susceptibles de aplicarse a la contratación administrativa.⁵⁷

En el año 2011, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público proclama en líneas generales la reciprocidad en el trato de la información. Dada esta circunstancia el órgano de contratación no puede divulgar información facilitada por los empresarios si es que éstos la han designado como confidencial. A la vez el contratista debe

⁵⁷ Destacamos el paralelismo y la coincidencia en la regulación establecida en las leyes de contratación del año 2007. En efecto, el art. 20 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales establece la misma regulación que el art.124 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, respecto de la bilateralidad en el cumplimiento del deber de confidencialidad establecido tanto para la Administración como para el contratista.

respetar el carácter confidencial de la información a la que tenga acceso.⁵⁸

Hasta el momento, podría afirmarse que la reciprocidad establecida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se configura como un entorno seguro donde las reglas sobre el trato de la información parecen haber quedado establecidas de forma diáfana para contratistas y Administración.

Quizá la cuestión se complica cuando el artículo 151 al describir la clasificación de las ofertas, la adjudicación del contrato y la notificación de la adjudicación determina que "*será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153*". Dicho artículo,

⁵⁸ art. 140 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público :*"1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.*

establecido en la subsección quinta referida a las obligaciones de información sobre el resultado del procedimiento, determina que *"el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)".*⁵⁹

Es en este punto cuando resulta difícil conjugar el interés la empresa adjudicataria respecto la salvaguarda de los datos expuestos en su proposición y el interés de los licitadores que no

⁵⁹ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., "La protección de los datos empresariales en materia de contratos del sector público", en: La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas. Editorial Iustel. Madrid. 2013,pág. 280. Destacamos la observación que hace el autor en relación a la potestad del órgano de contratación en cada caso , recogida en los artículos 140 y 153 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, el primer artículo mencionado es taxativo al usar la expresión " los órganos de contratación **no podrán** divulgar información facilitada". Sin embargo en el artículo 153 se establece "el órgano de contratación **podrá** no comunicar determinados datos...".

han resultado adjudicatarios en conocer con exhaustividad las características de la oferta que ha resultado adjudicataria.

Existe otra ocasión en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público donde el texto legal se inclina hacia el respeto por los datos que hayan sido declarado confidenciales por una empresa. Nos referimos al artículo 182 respecto al Diálogo competitivo que determina la imposibilidad del órgano de contratación de revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo del licitador. En efecto, en este caso está previsto que se establezca la anulación de la adjudicación del contrato, así como la adopción de medidas cautelares de suspensión del procedimiento, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a favor de la empresa que haya visto vulnerados sus derechos.⁶⁰

El artículo 333 respecto el Registro de Contratos del Sector Público, también parece establecer un régimen a favor de proteger los datos confidenciales al determinar que dicho registro *"facilitará el acceso a sus datos de modo telemático a los órganos de la Administración que los precisen para el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas, y en particular a los órganos competentes en materia de fiscalización del gasto o inspección de tributos, en la forma en que reglamentariamente se determine. Asimismo, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos*

⁶⁰ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., "La protección de los datos empresariales(...)" Op cit pág. 299

de carácter personal, facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet".⁶¹

Por último la disposición adicional decimoquinta respecto de las normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados por la ley, establece que "*las comunicaciones, los intercambios y el almacenamiento de información se realizarán de modo que se garantice la protección de la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación*", así como que

⁶¹ Existen otros artículos del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público donde se establece un criterio a favor del respeto de los principios de transparencia y confidencialidad entre otros. Así el art.191. referido a las normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas y concretamente al describir la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada fija el sometimiento de dichos contratos a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

En el mismo sentido de respeto a la confidencialidad de las ofertas y en relación a las normas relativas a los medios de comunicación utilizados en la ley, la disposición adicional decimoquinta describe que "*las comunicaciones, los intercambios y el almacenamiento de información se realizarán de modo que se garantice la protección de la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación, así como que el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación no será conocido hasta después de finalizado el plazo para su presentación o hasta el momento fijado para su apertura*".

"el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación no será conocido hasta después de finalizado el plazo para su presentación o hasta el momento fijado para su apertura".

Ya en el año 2015 el borrador de Anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 17 de abril de 2015 establece la bilateralidad ya descrita en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público .

La bilateralidad a la que hacemos referencia vincula al órgano de contratación y a los operadores económicos pues el primero ha de tener presente la posible declaración de confidencialidad que la empresa haya establecido y a la vez la empresa adjudicataria no puede hacer valer determinada información declarada como tal por la Administración.⁶²

⁶² vid art.133 del Anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 17 de abril de 2015.

Otros artículos donde el borrador de Anteproyecto se refiere a confidencialidad son: el art 52 referido al acceso al expediente donde se regula que el órgano de contratación tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio a los límites de confidencialidad establecidos.

El art. 56.5 respecto de la tramitación del procedimiento, en el sentido de que el órgano de contratación deberá garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales.

El art. 149 respecto de la notificación de la adjudicación donde se establece que a la motivación de la adjudicación se le aplicará la excepción de confidencialidad.

El art 153 que alude a datos no publicables relativos a la celebración del contrato cuando dicha información puede *"obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o*

En líneas generales hay que destacar que la regulación contenida en el borrador de Anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 17 de abril de 2015, es consecuencia del efecto directo que la Directiva 2014/24, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, establece sobre confidencialidad.

Por la incidencia colateral que existe, mencionamos en este punto la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La norma establece obligaciones amplias en relación a la publicidad de los datos vinculados a la contratación administrativa. En efecto, cualquier persona física o jurídica pueda tener acceso a los datos de la adjudicación. En este sentido recae sobre la Administración la obligación de resolver la petición de información en el plazo de un mes. El límite a la obligación de transparencia será una vez más el mantenimiento de la confidencialidad respecto de los datos de carácter personal y de los secretos o datos empresariales.⁶³

perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado " .

Por último la Disposición adicional decimosesta referida al uso de medios informáticos y telemáticos en los procedimientos que la ley regula. En ellas se proclama que los sistemas de comunicación respetarán en todo caso el principio de confidencialidad.

⁶³ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., "Llega la Transparencia". Observatorio contratación pública.11 de noviembre de 2015.Disponible en web. [«http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.216/rel](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.216/rel)

El principio de transparencia sobre el que se basa la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno es un pilar básico sobre el que se sustenta una sociedad democrática. Es lo que la doctrina ha calificado como "*una característica intrínseca al buen gobierno*"⁶⁴. Este principio solamente puede tener como excepción otro de los derechos como es la confidencialidad.

La ley de transparencia obliga a publicar todos los contratos, incluidas las prórrogas y las modificaciones de dichos documentos. Actualmente los Registros Públicos de contratos se constituyen como herramientas para vehiculizar estas publicaciones, por lo tanto, no debemos reconocer a la citada Ley el mérito de establecerlo.⁶⁵

[categoria.208/reلمenu.3/chk.2411833274337c89c3a49b9cde8c5b»](#)
[Consultado el 29 de mayo de 2016].

⁶⁴ PINTOS SANTIAGO, J., "Estudio del derecho de la contratación pública argentino y de la Unión Europea sobre la base del principio de transparencia" Revista *Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 141. Pág 66, ene-feb 2016, pág 60-68

⁶⁵ PINTOS SANTIAGO, J., "La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa. Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Transparencia Acceso a la Información y Buen Gobierno " Revista *Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 126. Jul-ago 2013.

En el artículo el autor realiza un exhaustivo examen de lo que fue el Proyecto de Ley de Transparencia Acceso a la Información y Buen Gobierno. En el documento se valora de manera satisfactoria tal Proyecto de Ley pero establece que "*son muchas las mejoras que se habrían de producir en vía parlamentaria para conseguir una Ley completa*".

2. DERECHO EUROPEO.

El Tratado originario de la Comunidad Económica Europea no hacía referencia a la contratación pública, ya sea por la imposibilidad de los países de llegar a acuerdos sobre la materia, o por la escasa importancia que en el momento de la constitución tenían los contratos públicos. Tampoco hubo referencia en las reformas posteriores de dicho Tratado.

No obstante hay que reconocer que la inexistencia de referencias de los contratos públicos en los textos originarios de creación de la Comunidad Económica Europea no ha sido obstáculo para la aplicación de los principios inspiradores del Tratado de la Comunidad Europea en la contratación pública.

La siguiente relación nombra las Directivas vinculadas a la contratación pública:

-Primeras Directivas: Directiva del Consejo 71/305/CEE, 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Directiva 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos suministros.

-Directivas de segunda generación: Directivas 93/36/CEE, de 14 de junio sobre coordinación de los contratos públicos de suministro. Directiva 93/37/CEE de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los

contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

-Directivas de tercera generación: Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, suministro y servicio.

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

En las primeras Directivas el legislador no aborda ni se refiere al término confidencialidad; pero sí que trata la salvaguarda de la garantía de la transparencia. Lo hace al establecer que *"están prohibidas las restricciones a la libre circulación de mercancías y es necesario completar dicha prohibición con la garantía de transparencia que permita controlar la observancia de la prohibición de restringir la libre circulación"*.⁶⁶

⁶⁶ Considerando segundo de la Directiva 77/62/CEE, de 21 de Diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros.

En las Directivas de segunda generación el legislador tampoco fue sensible al derecho a la confidencialidad que las empresas licitadoras o la propia Administración pueden declarar sobre determinados datos.

No obstante y de igual manera que las primeras Directivas lo incluyen, las de segunda generación reiteran "*la salvaguarda de un mínimo de transparencia como contrapartida a la flexibilidad para, de este modo, asegurar la aplicación de la Directiva*".⁶⁷

Estas Directivas de segunda generación cuentan con el impulso que a partir del año 1985 produce la aprobación del "Libro Blanco " de la Comisión para la consecución del mercado interior. Este hecho ocasiona la apertura a la libre concurrencia de la contratación pública europea. Por lo tanto se legisla potenciando los principios de no discriminación, transparencia, objetividad y publicidad en la preparación y adjudicación de los contratos públicos; pero sin establecer la confidencialidad de los datos vertidos por el operador económico en su oferta ni en el poder del órgano de contratación para declarar confidenciales determinadas informaciones en ejecución del contrato.

En las Directivas de tercera generación el legislador pretende refundir la legislación comunitaria existente sobre contratos públicos. A la vez se pretende modernizar y flexibilizar la contratación pública comunitaria. En este contexto estas Directivas empiezan a perfilar el derecho de la administración a

⁶⁷ Considerando 48 de la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

proteger el carácter confidencial de la información y a la vez el de los operadores económicos a declarar cierta información como confidencial. Así, el texto legal establece: "*las entidades adjudicadoras podrán imponer requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que comuniquen*". A la vez la norma determina: "*sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva, la entidad adjudicadora no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial. Dicha información incluye los aspectos confidenciales de las ofertas. Todo esto sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva en particular las relativas a la obligación en materia de publicidad de los contratos*".⁶⁸

Destacamos la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la

⁶⁸ Art. 13.1 y 13.2 de la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

La Directiva también alude a confidencialidad en el art. 48.3 al determinar que "*las comunicaciones se realizarán garantizando la protección de la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas*".

La Directiva introduce el llamado "Diálogo competitivo regulado en el art. 29. Es de destacar el respeto al principio de confidencialidad al describir que "*los poderes adjudicadores no podrán revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste comunique sin previo acuerdo*".

La misma directiva establece en el art. 32 referido a los acuerdos marco, la obligación de que el poder adjudicador preserve el contenido confidencial de las ofertas hasta que expire el plazo previsto para responder a la convocatoria

energía, de los transportes y de los servicios postales proclama la bilateralidad o reciprocidad establecida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, suministro y servicio trata de la misma manera el principio de confidencialidad y la alusión al de transparencia que encontramos en la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

A pesar de lo establecido en el párrafo anterior, el artículo 13.1 de la Directiva 2001/17/UE va más allá en la caracterización del principio de confidencialidad al incorporar al derecho de los operadores económicos de establecer el carácter confidencial de sus documentos, el hecho de que la entidad adjudicadora pueda imponer requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que comuniquen. Todo ello en el contexto de las especificaciones técnicas. En este sentido percibimos que el trato a la información confidencial se establece de un modo bilateral o recíproco en la Directiva 2004/17 /CE y no en la 2004/18/CE que en su art.6 solamente recoge la obligación de que el poder adjudicador no divulgue la

información facilitada por el operador económico, declarada confidencial.

Ya en los textos de cuarta generación, la Directiva 2014/24 marca el concepto de confidencialidad en el artículo 21. En él no hay una regulación diferente establecida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, establece que *"1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores"*.

Con dicha regulación la norma europea protege la información declarada confidencial por las empresas licitadoras y a la vez se determina la obligación que los poderes adjudicadores pueden imponer a los operadores económicos. Se da así la bilateralidad que respecto a la confidencialidad de la información, también recoge el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Respecto a las normas aplicables en las comunicaciones y en el mismo sentido que lo regula el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos "3. *Los poderes adjudicadores velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación. No examinarán el contenido de las ofertas y solicitudes de participación hasta que venza el plazo previsto para su presentación*".

III. CONFIDENCIALIDAD Y TRANSPARENCIA: CARGA PARA LA ADMINISTRACIÓN.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal establecen el régimen de protección en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas. La normativa citada establece que el tratamiento de los datos personales de las personas físicas que realice el sector público y el sector privado, se desarrolle con las garantías necesarias para que no

se vulneren los derechos fundamentales que conciernen al honor y a la intimidad personal y familiar.⁶⁹

A pesar del régimen de protección establecido y del esfuerzo que el sector público y privado pueden llevar a cabo para no menoscabar dichos derechos, no siempre el resultado es el que la norma pretende. Sírvase de ejemplo el contexto sanitario y el tratamiento de datos personales de pacientes. En efecto, un centro sanitario puede establecer medidas de seguridad como las que corresponden a un nivel de seguridad alto (desarrollo de documentos de seguridad, tratamiento de los datos de manera disociada, control sobre las incidencias que los datos pueden sufrir, etc.) pero cuando un Juzgado solicita la historia clínica de un paciente, es posible que el centro sanitario, abrumado por la premura de la petición, no repare en la idoneidad o no de la forma de enviar la documentación. De esta forma, por poner un ejemplo, es posible que se tramite la copia de la historia clínica entera cuando el caso en litigio correspondía a solo un proceso clínico. En esta sentido, *"no es fácil proteger los datos de pacientes en los centros donde entran y salen datos constantemente ni mucho menos que se apliquen las medidas de seguridad necesarias"*.⁷⁰

⁶⁹ Art. 1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

⁷⁰ RASO VIDAL, M., " Los datos sobre la Salud de los ciudadanos. Confidencialidad versus transparencia". Encuentros multidisciplinares. Vol. 14, Nº 41, 2012 (Ejemplar dedicado a la sanidad desde una perspectiva multidisciplinar), pág. 1. Disponible en Web: «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=486>» [Consultado el 25 de abril de 2016].

Hemos querido desviarnos del sendero marcado por el epígrafe porque entendemos que existe un paralelismo entre la situación descrita anteriormente respecto de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y lo regulado en la normativa de contratación. Es decir, la situación es susceptible de reproducirse, en el entorno de la contratación pública.

En este sentido, el Anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 17 de abril de 2015 determina que no todo puede ser declarado confidencial. Esto se traducirá en una obligación de la Administración de motivar y concretar. Concreción y motivación necesarias para establecer el debido equilibrio de derechos (de confidencialidad y transparencia).

La situación descrita en el párrafo anterior se debilita cuando por ejemplo el órgano de contratación en respuesta a una petición de los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso Administrativo remiten a veces expedientes administrativos completos sin dilucidar si está siendo garante del aparente secreto técnico o comercial que la empresa ha declarado confidencial. En efecto, el poder adjudicador cumplirá con la obligación de no obstaculizar el desarrollo del proceso contencioso y habrá remitido el expediente al Juzgado, pero para ese momento puede ser que la fórmula secreta de la empresa (secreto comercial o industrial) divague sin la protección que el licitador le haya conferido catalogándola como confidencial. ¿Acaso no es esta situación, cuanto menos,

paradójica?⁷¹. Este es el paralelismo que establecíamos anteriormente.

La jurisprudencia ha ido introduciendo paulatinamente la protección de los secretos comerciales, de la misma manera que ha ido estableciendo la protección a la libre competencia. Todo ello para configurar unos principios que han de regir la contratación administrativa junto a los principios generales establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.⁷²

Del examen de las normas estatales y europeas, se extrae la necesidad de establecer un equilibrio⁷³ entre el

⁷¹ Destacamos a favor de la empresa que si se invoca el principio de confidencialidad los Tribunales no dudan en protegerlo Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2002(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) y de 19 de noviembre de 2003(Sección 1ª); pero es necesario que una vez más la Administración así lo considere , siendo que a veces el órgano de contratación puede considerar (por error quizá)que la confidencialidad debe salvaguardarla del resto de los licitadores no adjudicatarios y no respecto del Tribunal .

⁷² RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., "La protección de los datos empresariales (...) Op. cit pág 227

⁷³ En el sentido de establecer el necesario equilibrio entre la confidencialidad y la publicidad, ver Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 288/2014,592/2014,199/2011, y 62/2012, referenciadas en la Resolución del mismo Tribunal Central nº 710/2014, de 26 de Septiembre de 2014. No referenciada en la Resolución 710/2014 pero en el mismo sentido también Vid. Resolución 863/2014, de 20 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

derecho a la confidencialidad y el deber de transparencia con el que la administración ha de gestionar el expediente de contratación.

La búsqueda del equilibrio entre los dos derechos va a requerir un juicio de valor de la Administración ⁷⁴ donde se establezca el motivo que finalmente ha llevado al órgano de contratación a catalogar como confidencial una documentación. En efecto, no es válido que la empresa licitadora declare toda la oferta como confidencial. Cuando esto ocurre es necesario ver caso a caso cuál es la documentación que ha sido declarada confidencial y establecer al mismo tiempo si se ha guardado equilibrio en la fijación de la documentación cuyo acceso estará vedado para el resto de los en licitadores. Incluso si la empresa ha declarado confidencial una documentación pero ésta no guarda relación con secretos técnicos o comerciales, el órgano de contratación deberá pronunciarse al respecto. ¿Sobre quién recae la

⁷⁴ En el sentido de que el Órgano de Contratación debe motivar y dilucidar hasta encontrar el equilibrio entre los intereses de todos los licitadores Vid. Sentencia del TJCE (Sala 3ª) de 14 febrero 2008 en la que se declara que *"la normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes y, en particular, la entidad adjudicadora"*, *Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva"*. La sentencia es mencionada en Resolución nº 19/2016, de 15 de enero de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el sentido expuesto.

obligación última de motivar? Siempre sobre la Administración.⁷⁵

Es en este punto donde planteamos una crítica al sistema dado que decidir y motivar si una oferta técnica es o no confidencial en su totalidad, no tendría que recaer sobre el poder adjudicador. Debería de decidirse a través mecanismos objetivos dispensados por entidades u órgano independiente, conector del contexto técnico donde se desarrolle el contrato.⁷⁶

⁷⁵ Resolución nº 710/2014 ,de 26 de septiembre de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales donde el Tribunal establece que "si el órgano de contratación considera que en la ponderación entre confidencialidad y publicidad ha de prevalecer la confidencialidad ha de motivarlo, explicando qué derecho del adjudicatario puede verse comprometido". En el mismo sentido vid. Resolución nº 19/2016, de 15 de enero de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Destacamos en el mismo contexto pero mereciendo especial atención, la Resolución 43/2014, de 5 de Marzo del Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid donde hay una estimación parcial de recurso y se determina que el Órgano de Contratación debió, dada una declaración de confidencialidad total por parte de la empresa, debió delimitar qué partes eran confidenciales. El órgano no lo hizo, entendiendo que la voluntad era lo suficientemente clara respecto de tal confidencialidad.

⁷⁶ La Resolución nº 6/2015, de 21 de enero de 2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León , el órgano de contratación "*reconoce que las declaraciones de confidencialidad pueden ser excesivas, desproporcionadas y constituir supuestos de abuso de derecho; pero la cuestión no debe ser decidida por la Administración*". La Resolución alude a la existencia de "*un órgano independiente ajeno al proceso de licitación, de tal forma que será ese órgano el que pueda decidir si determinada información debe*

De la obligación de establecer el equilibrio entre el derecho a la confidencialidad de los intereses y secretos técnicos declarados así por el licitador y el derecho de las empresas a acceder a la información del expediente para ejercitar su derecho de defensa, se extrae otra consecuencia. En efecto, dilucidar sobre esta cuestión y establecer si lo declarado como confidencial por una empresa es o no secreto comercial, requiere un conocimiento técnico de la situación que el poder adjudicador pudiera no tener, decidiendo erróneamente y por lo tanto dispensando la solución equivocada respecto del equilibrio de derechos.⁷⁷

La consecuencia del incumplimiento del deber de la Administración de ejercitar lo que nosotros consideramos como una carga excesiva es la estimación de los recursos que sobre esta cuestión se planteen y la retroacción de las actuaciones. En efecto, está estandarizada la conducta de los Tribunales Administrativos que estiman recursos y se pronuncian a favor de las empresas licitadoras que han

ser o no confidencial y por tanto, si procede suministrar a los recurrentes, en el seno del recurso, esa información a los efectos de fundamentar el recurso contencioso administrativo el recurso especial "

⁷⁷ Ponemos como ejemplo el caso de la contratación de servicios de telecomunicaciones donde el grado de tecnicismo que el contexto requiere, puede dificultar que el órgano de contratación pueda dilucidar claramente y sin problemas si los datos constituyen o no secretos técnicos, industriales y comerciales. Por ejemplo todo lo que se relaciona con las características de los terminales ofertados, la plataforma de envío masivo de SMS, el plan de implementación, soluciones de integración wifi con 3G, cobertura, herramientas y funcionalidades a disposición del CXR, etc. En este sentido ver Resolución nº 710/2014, de 26 de septiembre de 2014.

instado el recurso en casos donde el órgano de contratación no ha dado acceso a los documentos de la oferta técnica y ha obviado la motivación relacionada con la existencia del equilibrio entre los intereses de los licitadores.⁷⁸

Si en estos momentos damos una vuelta atrás en nuestra legislación y nos acordamos de aquella aniquilada potestad de la Administración donde se permitía establecer como criterio de contratación la renuncia de licitador al plazo legal de pago, no dudaríamos en concluir que el uso de dicho criterio es injusto y tendencioso porque hace perder el equilibrio entre las partes. Sin embargo hasta el momento el legislador ha considerado equitativo que sea la Administración quién "cargue" con la obligación de cuestionar y motivar sobre una cuestión que quizá requeriría de un juicio técnico independiente, no siendo ella la encargada exclusiva de dilucidar sobre el necesario equilibrio de derechos y de intereses entre licitadores y derechos enfrentados⁷⁹. Entendemos que en la aniquilada potestad de la Administración había una situación beneficiosa excesiva para

⁷⁸ Resolución nº 6/ 2015, de 21 de enero de 2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. En el caso concreto la empresa había declarado confidencial todo el contenido de la oferta técnica y el Tribunal establece que a pesar de tal declaración, la Administración debiera haber dado acceso a los documentos de la oferta técnica cuya difusión no implique la divulgación de secretos.

⁷⁹ BLANCO LOPEZ, F., "Las mejoras gratuitas o sin coste en el contrato público". Revista *Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 141, ene-feb 2016, pág. 6-15. En el artículo el autor hace referencia al derecho aniquilado que detallamos en el texto.

el poder adjudicador. En cambio el entorno legal establecido actualmente en relación con la obligación de motivar de la Administración proporciona una situación perjudicial excesiva para ella.

IV. TRANSPARENCIA EN LA LITACIÓN: CONDICIONES DE EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO AL EXPEDIENTE.

¿Quién está legitimado para acceder al expediente?

Actualmente cualquier persona que acredite ser titular de derechos. Es significativo comprobar que se ha producido una modulación en el criterio a seguir por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales sobre la legitimación para acceder al expediente. Así es que inicialmente éstos resolvían a razón del siguiente criterio: sólo puede tener acceso al expediente el operador económico que haya participado en la licitación.

El contexto legal existente y el cada vez más extendido criterio de los Tribunales, tendente a estimar que es necesario ampliar el elenco de entidades que pueden tener acceso al expediente ha cambiado el escenario. En efecto, actualmente cualquier persona, empresa, asociación, colegio profesional, fundación, haya o no sido participante en el procedimiento tiene legitimación para solicitar acceso al expediente siendo el único requisito el de que se vean

afectadas en sus derechos o intereses legítimos.⁸⁰ Además la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno establece unas obligaciones de publicidad activa, siendo que cualquier persona física y jurídica puede tener acceso a los datos de la adjudicación en cualquier momento.

Es de destacar en este punto lo establecido en la Resolución nº 130, de 25 de noviembre de 2015, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco donde se determina el principio de buena fe en el sentido de *"impedir que se solicite acceso a la documentación de los demás licitadores cuando el recurrente también ha declarado confidencial la misma documentación de su proposición"*. En base a este principio, el Órgano desestimó parcialmente el recurso al considerar que el recurrente pretendía acceder a una información que él también había declarado como confidencial. Precisamente el criterio de la buena fe estará ausente en aquellas situaciones donde la empresa licitadora pretende acceder a la información de una empresa que ella misma también ha declarado confidencial en su oferta.

⁸⁰ Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En este documento se incluyen criterios sobre la legitimación para acceder al expediente. Además el documento es interesante dado que incluye una recomendación vinculada al ejercicio de acceso al expediente, consistente en que cuando se de vista al expediente, se expida una diligencia en la que se recojan las circunstancias relevantes del acceso ejercido como es la identidad de quienes examinaron el expediente, fecha, hora de ejercicio y documentos a los que se permite el acceso.

¿Cuál es el momento para permitir el acceso al expediente?

La Resolución núm.54/2012, de 22 de noviembre de 2012, del entonces Órgano de Recursos Contractuales de Cataluña (actualmente ya constituido como Tribunal), desestima el recurso presentado por una empresa licitadora entendiendo que se solicitó el acceso al expediente en un momento procesal inoportuno. El acceso había sido solicitado en un momento previo a la adjudicación. El Órgano entiende que el momento procesal oportuno hubiera sido cuando se hubiese adjudicado y notificado el contrato.

La Resolución nº 54/2012 se basaba en la anterior redacción del art. 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común. El artículo establecía que "*Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud*".

La redacción actual del párrafo primero de este artículo es la siguiente: "*que los ciudadanos tiene derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación*".

A pesar de que la redacción actual ha suprimido la alusión a "procedimientos terminados en la fecha de la solicitud", la respuesta deber ser actualmente la misma noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece *"el secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182"* (respecto de la subasta electrónica o en un diálogo competitivo).

Atendiendo a lo establecido en el artículo es preceptivo determinar que el acceso al expediente no deberá producir hasta después de su adjudicación.

Destacamos la Resolución nº 248/2015, de 13 de marzo de 2015, del Tribunal Central de Recursos Contractuales. En este documento el Tribunal establece *"que las solicitudes de acceso al expediente antes de la adjudicación son extemporáneas al no existir en dicho momento acto recurrible"*.

También desde un punto de vista cronológico y respecto del momento en el que el licitador ha de determinar que su oferta es confidencial , cabe especificar que del contenido del artículo 140 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no se deduce la imposibilidad de que la determinación como confidencial de los datos de una oferta se pueda establecer en un momento posterior a la interposición del recurso administrativo especial. Por lo tanto es válida la manera de proceder del órgano de contratación que decida con posterioridad al recurso y ante la petición del

licitador recurrente, consultar con el adjudicatario los términos en los que se ha declarado la confidencialidad.⁸¹

¿Cuál es la información a la que se le debe dar acceso?

El órgano de Contratación no debe vedar el acceso a aquella información que no haya sido declarada confidencial por parte de la empresa licitadora. Consideramos necesario aludir a la Resolución 916/2015, de 9 de Octubre de 2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En ella se recoge un ejemplo de mala praxis ejercida por el Órgano de Contratación. En efecto éste deniega el acceso al expediente a una empresa, aludiendo que era necesario solicitar permiso previo porque pudiera haber documentos confidenciales. Relata la Resolución que no constaba en el expediente ninguna declaración de confidencialidad sobre ninguno de los datos aportados en las proposiciones de las empresas. Siendo así, la Administración debiera haber permitido el acceso al expediente⁸²

También merece ser comentada la Resolución nº 1/2016, de 15 de Enero de 2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que considera acertada a derecho la conducta de un Órgano de Contratación que ante una petición de acceso al expediente, previa a la interposición del recurso, solicita a la empresa que se pronuncie sobre la

⁸¹ vid. Resolución nº 19/ 2016, de 15 de enero de 2016, del Tribunal Administrativo de Central de Recursos Contractuales.

⁸² En el mismo sentido Vid. Resolución nº 1/2016, de 12 de Enero de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

parte concreta de la oferta que había sido confidencial por la licitadora adjudicataria. En efecto, ésta había incluido en algunas partes de la oferta la expresión "*todos los derechos reservados*", hecho que generó dudas al Órgano de Contratación. La recurrente por su parte estima que la declaración de confidencialidad debe ser previa a la interposición del recurso. Sin embargo el Tribunal establece que el argumento de la recurrente equivale a un excesivo formalismo incompatible con la necesidad de respetar el principio de confidencialidad. Siendo así, podemos afirmar que es válido que la declaración de confidencialidad se concrete cuando el órgano de contratación lo requiera, con independencia del momento procesal en el que se encuentre el expediente.

Nos detenemos en este punto a las copias del expediente. En efecto, el órgano de contratación no facilitará copias del expediente ni acceso a información de proposiciones que no han sido dadas a conocer en el acto de apertura pública por haber sido inadmitidas.

En el sentido expuesto se pronuncia el Informe 46/09, de 26 de febrero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y el Informe 15/2012⁸³, de 19 de septiembre.

De todas formas y a la luz de la realidad, la empresa que formalice petición de acceso al expediente, no va a tener reparos en usar los dispositivos móviles hoy en día al alcance

⁸³ En el mismo sentido Vid. Informe 11/2013, de 26 de Julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

de cualquier persona para acceder a la copia a través de fotografía del documento. Es aquí donde una vez más aludimos a la carga (aspecto comentado al principio del presente epígrafe) que va a suponer para la Administración ser garante de que el acceso a la información se realice de la manera en la que los Tribunales han establecido, es decir, sin que sea posible que la empresa obtenga copias del expediente.⁸⁴

Es interesante destacar la inexistencia del carácter confidencial de los requisitos de solvencia técnica. En este sentido la Resolución 24/2013, de 13 de Febrero, del Tribunal de Contratos de la Comunidad de Madrid establece que al licitador no adjudicatario se le denegó el acceso a consultar la información de las ofertas de las empresas participantes en relación el requisito de solvencia técnica exigido. Recuerda el Tribunal que *"el principio de transparencia contemplado en el artículo 139 del TRLCSP se traduce en la necesidad de permitir a los licitadores el acceso a los documentos que forman parte del expediente de contratación, con las limitaciones que impone el deber de confidencialidad que resultan explicitadas en los artículos 140 y 153 TRLCSP, que se han de interpretar conforme a los criterios que se desprenden del citado informe*

⁸⁴ Desde una esfera interna sobre cómo tratar la confidencialidad es interesante destacar que los miembros de la Mesa de Contratación, el órgano de contratación pueden requerir la exhibición de un proyecto aun cuando exista copyright pero no se puede demandar copia del mismo sin autorización de su autor y en concreto de la empresa licitadora. Así lo establece RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., "La protección de los datos empresariales (...)" Op. cit. Pág. 137

46/09⁸⁵, por lo que en el supuesto que estamos analizando debió permitirse el acceso a la recurrente". Apuntamos lo recogido por el Tribunal respecto de las muestras entregadas y valoradas en el proceso de licitación. Entiende el Tribunal que debieron haber sido conservadas por el Órgano de Contratación que no debiera haber denegado el acceso a dichas muestras, alegando el agotamiento de éstas.

V. CONCLUSIONES.

I.- La Directiva 2014/24, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública regula la confidencialidad en el artículo 21. Dicho precepto es claro, preciso e incondicionado. Este hecho tiene la consecuencia de que será directamente aplicable. No obstante el artículo 140 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ya incorpora la determinación de la Directiva en unos términos muy similares, por lo que no serán necesarios grandes adaptaciones para llevar a cabo lo determinado por la Directiva⁸⁶. La Directiva exige la adopción de medias que

⁸⁵ El informe el Informe 46/09, de 26 de febrero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronuncia en el siguiente sentido: La obligación de confidencialidad sólo puede ser exigida respecto aquello que ha sido expresamente declarado así por el licitador y la obligación de motivar no incluye la de entregar copias de la documentación que integra la proposición del licitador.

⁸⁶ TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. "Documento de trabajo sobre la aplicación de las Directivas Europeas

preserven la confidencialidad. Este hecho tiene como consecuencia la limitación del derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores.⁸⁷

II.- La Directiva permite que los estados delimiten la cuestión del acceso a la información. La norma estatal española efectivamente lo delimita y va más lejos porque exige que la Administración se pronuncie.⁸⁸ Dicho

de contratación pública". Documento presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016. Pág. 26. Disponible en Web: «<http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos Documento final ESTUDIO aplicacion directa de las Directivas b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3>» [Consultado el 26 de mayo de 2016].

En el mismo sentido: vid. Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) y Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación en la aplicación de las nuevas Directivas de contratación , de fecha 15 de marzo de 2016.

⁸⁷ GIMENO FELIU, J. M., "Novedades del Anteproyecto Ley Contratos Sector Público. La Transposición de las Directivas de contratación pública en España". Congreso Internacional sobre contratación pública. Cuenca, 21 y 22 de Enero de 2016. Pág.35. Disponible en web. «<http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos 1%232E%23 Presentacion-J%232E%23M%232E%23-Gimeno-Feliu 5a3d0e86%232E%23pdf/chk.61a23c3cf464628d9382677b7e53ca28>» [Consultado el 29 de mayo de 2016].

⁸⁸ Resolución nº 19/ 2016, de 15 de enero de 2016, del Tribunal Administrativo de Central de Recursos Contractuales. En el sentido de que no todo el contenido de la proposición puede ser declarado como confidencial por parte de la empresa Vid. Resolución 45/2013, de 30 de Enero, del Tribunal Administrativo Central de

pronunciamiento es lo que en este documento hemos venido a considerar como una carga para el poder adjudicador, ya abrumado por la necesidad de motivar y a la vez de garantizar la información ya declarada confidencial por la empresa.

III.- No puede ser declarado confidencial todo el contenido de la proposición económica del licitador⁸⁹. El principio de Transparencia y publicidad, derechos genuinos en el contexto de la contratación administrativa, postula como regla general el acceso a la documentación y la salvaguarda de la confidencialidad la excepción. Este dato significa que en el ámbito de la confidencialidad y transparencia, la actuación de la Administración va a requerir siempre motivación. En efecto, ya sea porque el licitador ha declarado confidencial toda la oferta técnica (decisión contraria a la correcta práctica) o porque lo declarado como tal no afecta a secretos comerciales o técnicos el caso es que tendrá que ser un informe de la Administración el que cierre la polémica acontecida en el expediente.

IV.- El poder adjudicador deberá motivar en el informe de adjudicación cada uno de los extremos establecidos en los criterios de adjudicación. A la vez tendrá que poner todo su cuidado técnico para no desvelar en dicho informe, datos declarados como confidenciales en la oferta del licitador adjudicatario. Además en caso de peticiones de acceso al

Recursos Contractuales. En ella se establece la necesidad de delimitar y concretar la extensión de la confidencialidad.

⁸⁹ Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

expediente, deberá ser tal Administración la que dilucide sobre si lo declarado como confidencial por el operador económico lo es efectivamente. El entorno descrito no parece ser medio idóneo para una Administración local por ejemplo, a veces desbordada de funciones y falta de medios personales adecuados técnicamente para resolver, dilucidar el criterio establecido por una empresa que opera en el entorno donde se va a desarrollar el contrato. Consideramos que hubiera sido una ocasión perfecta para que las Directivas de cuarta generación hubiesen descargado a la Administración, de esta responsabilidad. Quizás trasladando la obligación de demostrar la existencia de equilibrio entre el derecho a la confidencialidad y el de transparencia al licitador que hubiera declarado toda la oferta confidencial.

V.- La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno establece la obligación de publicar casi todos los actos administrativos que existen en un expediente, sin que sea necesario que el peticionario justifique su solicitud. Con ello y por encima de la carga que puede suponer para la Administración dirimir sobre si está ante un secreto comercial que suponga una excepción a la obligación de transparencia, entendemos que el legislador ha pretendido alcanzar un fin doble: por un lado la apertura de la contratación pública a la sociedad como ejercicio para imposibilitar la corrupción y por otro favorecer la participación de los operadores económicos en las licitaciones públicas.

VI.- La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, establece en el artículo 35 h)⁹⁰, que *"los ciudadanos tienen derecho en sus relaciones con la Administración pública a acceder a la información pública, archivos y registros"*. Esta ley establece también en su art. 37 *"que los ciudadanos tiene derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación"*⁹¹.

⁹⁰ El art. 35 h) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha sido modificado por el apartado primero de la Disposición final primera de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia , acceso a la información pública y buen gobierno. En su redacción anterior el artículo establecía que el ciudadano tenía derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes. La redacción actual elimina la mención al texto constitucional o a cualquier otra ley.

⁹¹ El art. 37 de la de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha sido modificado por el apartado dos de la Disposición final primera de la ley la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia , acceso a la información pública y buen gobierno. En su redacción anterior se contenían determinaciones mucho más rígidas respecto de las condiciones de acceso a la información: *"Artículo 37 Derecho de acceso a Archivos y Registros:*

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completadas, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

- a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.
- b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.
- c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.
- d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.
- e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

6. *Se registrarán por sus disposiciones específicas:*

- *a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.*
- *b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.*
- *c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.*
- *d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.*
- *e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.*
- *f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.*
- *g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.*

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

Atendiendo al carácter supletorio de la Ley de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y atendiendo a la aplicación directa del Texto Refundido, lo cierto es que el acceso al expediente puede verse limitado⁹² por las declaraciones de confidencialidad que el licitador ha podido establecer. A la vez dicho acceso puede verse limitado por las consideraciones del órgano de contratación que puede decidir no comunicar determinados datos, basándose en que con ello se perjudica el interés público o se obstaculiza la aplicación de una norma.

9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

10. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración."

⁹² vid.art. 140, 151.4 y 153 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

VI. RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

BLANCO LOPEZ, F., "Las mejoras gratuitas o sin coste en el contrato público". Revista *Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 141, ene-febr. 2016, pág. 6-15.

DE LA MORENA, J., "Evolución histórica de la contratación pública en España". Disponible en web ["http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/relcategoria.121/relmenu.3/chk.e2db6ab74524409a96997ab947dc3075"](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.57/relcategoria.121/relmenu.3/chk.e2db6ab74524409a96997ab947dc3075) [consultado el 1 de mayo de 2016].

GIMENO FELIU, J.M., "Novedades del Anteproyecto Ley Contratos Sector Público. La Transposición de las Directivas de contratación pública en España" .Congreso Internacional sobre contratación pública. Cuenca, 21 y 22 de Enero de 2016.Pág.35.Disponible en web. [«http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_1%232E%23_Presentacion-J%232E%23M%232E%23-Gimeno-Feliu_5a3d0e86%232E%23pdf/chk.61a23c3cf464628d9382677b7e53ca28»](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_1%232E%23_Presentacion-J%232E%23M%232E%23-Gimeno-Feliu_5a3d0e86%232E%23pdf/chk.61a23c3cf464628d9382677b7e53ca28) [Consultado el 29 de mayo de 2016].

PINTOS SANTIAGO, J., "Estudio del derecho de la contratación pública argentino y de la Unión Europea sobre la base del principio de transparencia", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 141, ene-feb 2016, pág. 60-68.

PINTOS SANTIAGO, J., "La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa. Comentario de

urgencia al Proyecto de Ley de Transparencia Acceso a la Información y Buen Gobierno " *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 126.Jul-ago 2013.

RASO VIDAL, M., "Los datos sobre la Salud de los ciudadanos. Confidencialidad versus transparencia". Encuentros multidisciplinares. Vol. 14, Nº 41, 2012 (Ejemplar dedicado a la sanidad desde una perspectiva multidisciplinar), pág. 1. Disponible en Web:

«<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=486>»
[Consultado el 25 de abril de 2016].

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., "La protección de los datos empresariales en materia de contratos del sector público", en: *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas*. Editorial Iustel. Madrid. 2013, págs. 227-308.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., "Llega la Transparencia". Observatorio contratación pública, 11 de noviembre de 2015. Disponible en web.

«<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.216/relcategoria.208/relmenu.3/chk.2411833274337c89c3a49b9cde8c5b>» [Consultado el 29 de mayo de 2016].

VII. ANEXO DOCUMENTAL.

Documentación utilizada para la emisión del presente artículo. El material se presenta clasificado por el tipo de documento y dentro del mismo, siguiendo un orden cronológico creciente.

1. Resoluciones

1. Resolución 199/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
2. Resolución 54/2012 del Órgano de Recursos Contractuales de Cataluña.
3. Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
4. Resolución 24/2013 del Tribunal de Contratos de la Comunidad de Madrid.
5. Resolución 45/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
6. Resolución 43/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación pública de la Comunidad de Madrid.
7. Resolución 288/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
8. Resolución 592/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
9. Resolución 710/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
10. Resolución 863/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

11. Resolución 6/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.
12. Resolución 130/2015 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco.
13. Resolución 248/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
14. Resolución 916/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
15. Resolución 1/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
16. Resolución 19/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

2. Informes

17. Informe 46/09, de 26 de febrero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.
18. Informe 15/2012, de 19 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.
19. Informe 11/2013, de 26 de Julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña
20. Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.

3. Jurisprudencia

A) Jurisprudencia europea

21. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 14 de Febrero de 2008 (asunto C-450/06).

B) Jurisprudencia de tribunales españoles

22. Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de septiembre de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).

23. Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).

4. Otros documentos

24. Documento de trabajo sobre la aplicación de las Directivas Europeas de contratación pública". Documento presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016. Pág. 26. Disponible en Web:

«<http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos Documento final ESTUDIO aplicacion directa de las Directivas b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3>» [Consultado el 26 de mayo de 2016]

25. Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, de fecha 15 de marzo de 2016.

EL CÁLCULO DEL COSTE DEL CICLO DE VIDA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

María del Rosario Delgado Fernández

Técnico de Gestión.
Servicio de Contratación de la Universidad de Alcalá

Trabajo finalizado en Agosto de 2016

Resumen:

Las nuevas Directivas introducen en la contratación pública, entre otras novedades, la posibilidad de usar el cálculo del coste del ciclo de vida para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. El cálculo del coste del ciclo de vida podrá usarse de forma total o parcial y podrá incluir, en relación a cualquiera de las fases del ciclo de vida, elementos de coste relativos a la calidad, entendiéndose incluidas en ella cuestiones medioambientales y sociales, siempre que puedan ser medidas y cuantificadas matemáticamente. La utilización del cálculo del coste del ciclo de vida, cuando se consiga su aplicación práctica, aumentará la transparencia, simplificará el proceso de valoración de ofertas, y facilitará la introducción de criterios medioambientales y sociales.

Palabras clave: contratación pública, criterios de valoración, coste del ciclo de vida.

Abstract:

The new directives on public procurement introduced, among other innovations, the ability to use life-cycle costing for determining the most economically advantageous tender. Life-cycle costing may be used in whole or in part and may, in relation to any stage of the life cycle cost elements relating to the quality, meaning included in it environmental and social issues, provided that they can be measured and quantified mathematically. The use of costing life cycle, when its practical application is achieved, increase transparency, simplify the process of evaluation of tenders, and facilitate the introduction of environmental and social criteria.

Key words: public procurement, evaluation criteria, life-cycle costing.

INDICE:

1.- Introducción

2.- La contratación pública estratégica

2.1.- Consideraciones generales

2.2.- Contratación pública estratégica y cálculo del coste del ciclo de vida.

3.- El cálculo de coste de ciclo de vida

-
- 3.1.- Definición del concepto. Análisis del ciclo de vida y cálculo del coste del mismo**
 - 3.2.- Antecedentes**
 - 3.3.- Aparición del concepto del Cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación pública**
 - 3.4. Aplicación práctica en la contratación pública**
 - 3.4.1 Aspectos generales**
 - 3.4.2. Normas y proyectos internacionales**
 - 4.- Ventajas del cálculo del coste del ciclo de vida**
 - 5.- Problemas para en la aplicación del cálculo del coste del ciclo de vida.**
 - 6. Conclusiones**

Bibliografía

Anexo documental

1.- INTRODUCCIÓN.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública (*Directiva Clásica de Contratos o simplemente Directiva de Contratos*) y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE incluye en el artículo 67.2 la posibilidad de que la oferta económicamente más ventajosa pueda determinarse utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida. También la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (*Directiva de Sectores Especiales*) y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE hace

mención al coste del ciclo de vida. Las directrices para el mencionado cálculo del coste del ciclo de vida se establecen en el artículo 68 de la Directiva Clásica de Contratos:

“El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá en una medida pertinente la totalidad o una parte de los costes siguientes a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra:

a) costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como:

i) los costes relativos a la adquisición,

ii) los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos,

iii) los costes de mantenimiento,

iv) los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado;

b) los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.

2. Cuando los poderes adjudicadores evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida, indicarán en los pliegos de la contratación los

datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que utilizará el poder adjudicador para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos.

El método utilizado para la evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales cumplirá todas las condiciones siguientes:

a) Estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; en particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerá o perjudicará indebidamente a operadores económicos determinados;

b) Ser accesible para todas las partes interesadas;

c) Todo operador económico normalmente diligente, incluidos los operadores económicos de terceros países, que sea parte en el Acuerdo o en otros acuerdos internacionales que vinculen a la Unión, ha de poder facilitar los datos exigidos con un esfuerzo razonable.”

Asimismo, en el artículo 2, dedicado a definiciones, el ciclo de vida se define de la siguiente forma: “todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización.”

Por otra parte, la directiva hace otras menciones al ciclo de vida en los considerandos 74, 92, 95, 96 y 97.

Debemos considerar que los artículos 2, 67.2 y 68 de la directiva tienen efecto directo una vez finalizado el plazo de transposición sin que esta haya tenido lugar, puesto que sus previsiones son lo suficientemente precisas e incondicionadas y, además, así ha sido estimado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, para estos artículos concretos entre otros, en su documento presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016.

La directiva muestra su preferencia (dedicándole dos artículos y múltiples referencias) por la posibilidad que los poderes adjudicadores adopten un planteamiento basado en el coste del ciclo de vida en su búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa asociando dicho concepto tanto al rendimiento como a la sostenibilidad, es decir, que el criterio de preferencia debería ser el cálculo del coste del ciclo de vida. Esta preferencia ya se adivinaba en el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, publicado en el año 2011.⁹³

2.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA.

2.1.- Consideraciones generales

⁹³ La búsqueda de este objetivo puede contribuir también a la realización del primero – un gasto público más eficiente a largo plazo – por ejemplo, al conceder menos prioridad al menor precio inicial en favor del menor coste del ciclo de vida (página 5 del Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE).

Es necesario destacar, una vez más, la importancia de la contratación pública, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo⁹⁴. Un ejemplo de ello es el hecho de que la Estrategia Europa 2020 considere que la contratación pública desempeña un papel clave en la consecución de sus objetivos, indicando que la política de contrataciones públicas debe garantizar un uso más eficaz de los fondos públicos mejorando el acceso de las PYMES, la sostenibilidad y la innovación. Este extremo queda expresamente recogido en la propia Directiva de Contratos⁹⁵. Al manejar aproximadamente el 20% del PIB de la Unión Europea, la contratación pública puede contribuir con todos esos recursos a implementar sus políticas de una manera más inmediata y mensurable. Por todo ello, la contratación ha adquirido en los últimos años un componente estratégico que debe tenerse en cuenta para su gestión correcta.

Desde este planteamiento estratégico, conviene recordar que la contratación no puede ser considerada como un fin en sí misma -momento en que se vuelve un obstáculo- sino como una

⁹⁴ Supone actualmente alrededor del 16% del PIB español, un 33 % de los presupuestos de los organismos públicos de promedio, prácticamente el 90 % del presupuesto no dedicado a gastos de personal de cualquier organismo además de realizarse a través de la misma los suministros, servicios y obras más importantes.

⁹⁵ Considerando 2. La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la 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»), 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.

“herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines”⁹⁶. Hay que utilizar la contratación pública, además de para la adquisición de los servicios, suministros y obras necesarios, para colaborar en alcanzar unos objetivos predefinidos realizando una intervención en la vida económica y social. La contratación pública es, en este aspecto, la herramienta más potente de que disponen las administraciones públicas, dado su potencial como instrumento para orientar el mercado (hacia comportamientos socialmente responsables, por ejemplo) o para fomentar el desarrollo de productos o servicios innovadores, con el consiguiente efecto sobre la actividad económica. Es necesario que se la tenga en cuenta, como instrumento estratégico, en todos los proyectos políticos que se lleven a cabo por parte del Sector Público. Mediante la contratación se pueden conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación e innovación, siempre que se diseñen adecuadamente los modos de conseguirlos.

La intención de la Directiva de Contratos en lo que respecta al carácter estratégico de la contratación resulta patente en múltiples aspectos, tanto en el aspecto medioambiental como en el social como en el innovador y en su afán de que estos

⁹⁶ José María Gimeno Feliú “Lejos queda la visión burocrática, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva. Hoy la contratación pública debe ser utilizada como herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas” *Compra Pública Estratégica*, Heraldo de Aragón, 28 de enero de 2014.

aspectos se incluyan en todos las fases del procedimiento de contratación⁹⁷.

2.2.- Contratación pública estratégica y cálculo del coste del ciclo de vida.

La evidente intención, mencionada anteriormente, de las instituciones europeas, expresada a través de la Directiva de Contratos, de fomentar el uso estratégico de la contratación pública, debe extenderse, hasta ser incorporada y asumida por todos los órganos de contratación. De otra forma la compra pública solo permanecerá como una serie de procedimientos burocráticos percibidos, más que como un instrumento o una ayuda a la consecución de los fines públicos, como un obstáculo para el logro de los mismos.

Dentro de este uso estratégico es donde debemos integrar el cálculo del coste del ciclo de vida, fundamentalmente en los siguientes aspectos:

a) Implantación de estrategias propias y consecución de los objetivos incluidos en las mismas: La aplicación correcta y

⁹⁷ Considerando 40 "El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado."

eficiente del cálculo del coste de ciclo de vida requiere del establecimiento previo de líneas estratégicas. La propia redacción del artículo 68 de la Directiva de Contratos pone de manifiesto esta necesidad, dado que el cálculo del coste del ciclo de vida de incluirse “en una medida pertinente”, “la totalidad o una parte de los costes”⁹⁸.

Dichas líneas estratégicas deben descender de las políticas comunitarias a las nacionales y autonómicas y de estas a todos los organismos según sus posibilidades y peculiaridades. De ellas se podrán extraer las prioridades que se aplicarán al cálculo del coste del ciclo de vida en cada contrato concreto, primando los aspectos establecidos en dichas prioridades, y que estarán encaminados según las líneas estratégicas diseñadas. Esta determinación previa de las líneas estratégicas para la consecución de objetivos transversales⁹⁹ en la contratación es el

⁹⁸ Quien tiene que determinar la medida pertinente, o si es la totalidad o una parte de los costes, y las fases del ciclo de vida que se utilizarán, es el poder adjudicador, y las características del cálculo del coste del ciclo de vida harán inútil e incluso imposible su utilización práctica si no existen unas líneas estratégicas para orientarlo.

⁹⁹ Los objetivos transversales son aquellos que no responden específicamente a cubrir la necesidad que dio motivo al procedimiento. Rehabilitar una biblioteca en una Universidad tendrá como objetivo cubrir la necesidad de espacios de estudio y de consulta bibliográfica para la comunidad universitaria. Conseguir que edificio tenga un menor gasto energético o de mantenimiento o que dé empleo a un determinado número adicional de personas o que sea completamente accesible en todos los campos, son objetivos transversales que, al no ser obvios ni estar implícitos ni ser necesarios específicamente para el contrato y existir gran diversidad de opciones para los mismos, deben determinarse en las líneas estratégicas.

proceder que debe considerarse correcto a la hora de determinar las necesidades que se van a cubrir y la forma adecuada de hacerlo¹⁰⁰.

b) Orientación hacia la calidad¹⁰¹ de la contratación pública: El fomento del uso del cálculo de coste de ciclo de vida supone, desde otro punto de vista igualmente estratégico, un acercamiento más al uso de múltiples criterios de valoración, ofreciendo una atención especial a la relación calidad/precio. Uno de los fines de este tipo de evaluación es que la valoración solo por el coste – adjudicación simplemente de acuerdo al precio más bajo – sea evitada siempre que sea posible. La Directiva de Contratos no prohíbe la adjudicación únicamente en razón del precio más bajo, pero estima que lo más adecuado debería ser el uso de múltiples criterios y que los estados miembros deben estar autorizados a prohibir o restringir el uso solo del precio o coste “para fomentar una mayor orientación

¹⁰⁰ En el documento “Contratación pública. Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos”, dentro de la lista de verificación y el contenido estándar para un modelo de negocio – se correspondería con los trabajos previos a la elaboración de los pliegos – en el punto 1 “ADAPTACIÓN ESTRATÉGICA”, encontramos, entre otros, “entregables acordes con los planes y las estrategias internos” y “estrategias externas consideradas”.

¹⁰¹ Debe entenderse “calidad” como un concepto integrador en el que cabrían las soluciones innovadoras, las consideraciones sociales y medioambientales y una consideración de la calidad/precio en que no sea válido todo siempre que cueste menos.

hacia la calidad de la contratación pública” (considerando 90¹⁰² y artículo 67¹⁰³)¹⁰⁴.

¹⁰² Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte, conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato. 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

¹⁰³ Criterios de adjudicación del contrato:

1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.
2. 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.

¹⁰⁴ En lo que se refiere a la innovación, la guía 2.0 para la Compra Pública de Innovación de la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad también incluye referencias en este aspecto: “Por tanto, más que el precio (o junto a él), en las compras de innovación se deberá considerar no solo los costes actuales sino el conjunto de los costes del ciclo de vida del objeto del contrato, que incluye los costes de adquisición, los de mantenimiento y disposición sobre los productos o servicios, además de otros aspectos importantes tales como la calidad

3- EL CÁLCULO DEL COSTE DEL CICLO DE VIDA

3.1.- Definición del concepto. Diferencias entre análisis del ciclo de vida y cálculo del coste del mismo.

El coste del ciclo de vida, definido de modo amplio, es una herramienta que mide la sostenibilidad¹⁰⁵, y esta sostenibilidad depende de tres factores: medio ambiente, economía y sociedad: la concurrencia de estos tres elementos permitirá afirmar que un bien es sostenible.

Asimismo, el estudio de la sostenibilidad debe afrontarse tomando en consideración todos o una parte de los elementos durante su ciclo de vida, lo que hace posible comparar diversas opciones y resulta una ayuda a la toma de decisiones en todas las fases de un procedimiento de licitación, tanto al planificar la inversión como hasta la determinación de la correcta ejecución

y el mérito técnico de la oferta. De esta manera resultará posible adjudicar la combinación óptima del conjunto de costes del ciclo de vida y las consideraciones de calidad, con relación al precio. Se trata en definitiva de dar más valor en términos relativos a los aspectos innovadoras frente al precio. Las diferencias en el alza de precios resultarían en cualquier caso compensadas con mejoras que reportarían las soluciones innovadoras que accedieran al contrato.”

¹⁰⁵ Podemos tomar como referencia la definición de Bruntland (1987) del desarrollo sostenible, que “es el que satisface las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades” (WCED. (1987). Our common future. Report of the World Commission on Environment and Development. UK: Oxford University Press). Así pues la sostenibilidad consistiría en cubrir las necesidades presentes de forma que no se impida que las necesidades futuras puedan ser asimismo cubiertas en su momento.

del contrato pasando por la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Para la evaluación del ciclo de vida se han desarrollado diferentes metodologías, aunque la que nos ocupa es su coste económico, cuyo análisis se desarrolla a través del coste del ciclo de vida y puede incorporar a su vez el desempeño medioambiental y social del proceso.

El concepto parte desde el análisis del ciclo de vida. Este análisis consiste estudiar los impactos ambientales potenciales que, tanto en la utilización de recursos como en las consecuencias de las emisiones, se producen a lo largo del ciclo de vida de un producto o sistema de producción. Requiere de la realización de un inventario de las aportaciones de energía y materiales durante todo el ciclo de vida, así como de las transferencias al medio ambiente, de forma que la interpretación de los resultados permita una evaluación sistemática de los impactos¹⁰⁶.

Sin embargo, el cálculo del coste del ciclo de vida se aleja del concepto de interpretación del inventario de aportaciones y pérdidas de los distintos elementos del sistema, dirigiendo su interés hacia un análisis coste-beneficio en el contexto de la eficiencia energética y del rendimiento medioambiental del proyecto a lo largo de la vida del activo, permitiendo también la introducción, si se considera pertinente, de los costes sociales a lo largo de todo el ciclo de vida. Es decir, que más que analizar

¹⁰⁶ Según la Norma UNE-EN ISO 14040: Gestión ambiental. Análisis de ciclo de vida. Principios y marco de referencia,

el ciclo de vida, lo que se analiza y se evalúa son los costes a lo largo del mismo¹⁰⁷.

La noción de coste del ciclo de vida incluye todos los costes imputables, desde la concepción hasta la desaparición o desactivación de la inversión incluyendo costes “intangibles” que son los costes atribuibles a factores medioambientales externos, tales como los procedentes de la contaminación causada por la extracción de las materias primas utilizadas en el producto o provocada por el propio producto durante su funcionamiento o por su proceso de fabricación, siempre que puedan cuantificarse en términos monetarios y ser objeto de seguimiento y comprobación.

Las técnicas más frecuentemente empleadas para dicho análisis en los sectores público y privado se basan en una valoración puramente financiera. Se analizan generalmente cuatro categorías de costes principales: inversión, explotación, mantenimiento y eliminación al final de la vida – en las cuatro categorías hay que descontar cualquier ingreso pertinente - y en el caso de tener en cuenta costes medioambientales externos hay que añadirlos a las cuatro categorías de costes citadas. Los costes sociales deben integrarse en las cuatro categorías principales.

¹⁰⁷ Posiblemente la nomenclatura no es la más apropiada. Lo que realmente se contempla es un análisis del coste del ciclo de vida, más que un cálculo del mismo (entendiendo cálculo como el uso de operaciones matemáticas), no obstante durante el trabajo se mantiene el “cálculo del coste del ciclo de vida” que se incluye en la Directiva de Contratos.

3.2 Antecedentes

Los primeros antecedentes de aplicación de la técnica del análisis del ciclo de vida surgen en EE. UU durante la Segunda Guerra mundial, a partir de las actividades de investigación del Massachusetts Institute of Technology Radiation Laboratory cuyos directivos crearon e implementaron diferentes procesos de diseño de sistemas para facilitar el desarrollo de radares de microondas y su empleo militar, entre los cuales estaba el ciclo de vida.

En el año 1969, la compañía Coca-Cola encargó un estudio al Midwest Research Institute (MRI) en el que debían compararse diferentes tipos de envases para determinar cuál de ellos suponía un menor consumo de recursos y una menor cantidad de emisiones. Este estudio, que nunca llegó a publicarse, es considerado el primer análisis de ciclo de vida en el que se tienen en consideración cuestiones ambientales. De hecho, la preocupación por la minimización de residuos ha sido uno de los factores que han impulsado la aplicación de este análisis de forma sistemática en los sectores industriales, especialmente en lo referente a envases y embalajes.

En la década de los setenta del siglo XX se desarrolla y se comienza a aplicar la mencionada técnica a las decisiones de inversión, especialmente en el sector de la construcción¹⁰⁸.

¹⁰⁸ El análisis del coste del ciclo de vida en el sector de la edificación tiene su inicio en las políticas de los gobiernos británico y norteamericano orientadas hacia el ahorro de energía en sus edificios administrativos. En 1977 Gobierno Británico publicó una guía práctica sobre la aplicación del coste del ciclo de vida en la gestión de su

La idea general es incorporar explícitamente consideraciones de coste en todos los aspectos para llegar a decisiones que poco a poco converjan en el producto más adecuado en cada momento.

3.3.- Aparición del concepto del Cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación pública

El primer indicio de la inminente aparición del concepto en la contratación pública lo dio la Comisión Europea mediante una comunicación titulada "la Competitividad de la Industria de la Construcción" ¹⁰⁹ en el año 1.997. Entre sus recomendaciones está "el desarrollo de una metodología común para el cálculo del coste del ciclo de vida a escala europea" y se recomendaba en relación con la calidad ("Aplicar criterios de coste del ciclo de vida, desarrollar normas de durabilidad y su evaluación y posibilitar la planificación precisa del mantenimiento y la evaluación de su coste; ello será de utilidad en los procedimientos de adjudicación").

patrimonio inmobiliario. Un año más tarde, el National Bureau of Standards estadounidense editó una guía para proyectos de ahorro energético en edificios públicos mediante la aplicación de la misma técnica de evaluación de costes. En 1987, el National Institute of Standards and Technology (NIST) norteamericano publicó el documento titulado Life-Cycle Costing for the Federal Management Program, actualizado en 1995.

¹⁰⁹ Como ya se ha dicho, la construcción ha sido uno de los primeros sectores en que se ha aplicado esta técnica y donde más se ha avanzado (ver en el apartado Normas y Proyectos internacionales la referencia al proyecto CILECCTA)

Posteriormente, como consecuencia de los trabajos del Grupo de Trabajo TG4 "Costes del Ciclo de Vida en la Construcción y sus recomendaciones de aplicación", en la Comunicación de 2004 de la Comisión Europea al Consejo titulada "Hacia una estrategia temática sobre el medio ambiente urbano", se proponía por primera vez la aplicación coordinada del método del cálculo del coste del ciclo de vida en los países miembros¹¹⁰, sin referirse específicamente a la contratación, pero teniendo en cuenta el volumen de obra pública, incluyéndola de forma implícita.

En el mismo año 2004 la Comisión Europea publica el documento Buying Green!. Manual de contratación pública medioambiental, ya enfocado a la contratación pública, que concluye afirmando que "la adopción de una metodología del coste del ciclo de vida revela los verdaderos costes de un contrato", así como que "el uso de este método en la preparación de los criterios de adjudicación mejorará tanto las prestaciones medioambientales como los aspectos financieros del proceso de contratación".

Sin embargo y a pesar de todo lo anterior, se puede considerar que se trata de un concepto novedoso en cuanto a su aplicación para la contratación pública en general, dado que no aparecía en la Directiva 2004/18/C, tratándose de la incorporación más relevante en la Directiva de Contratos en lo relativo a los

¹¹⁰ «La Comisión desarrollará una metodología común para evaluar la sostenibilidad global de los edificios y del entorno construido, que incluirá indicadores de costes durante el ciclo de vida útil. Ésta se aplicará también a los proyectos de edificios nuevos y a las renovaciones importantes. Se alentará a todos los Estados miembros a adoptar esta metodología y a utilizarla como soporte de las mejores prácticas»

criterios de adjudicación. Por su parte, el anteproyecto de Ley de la Ley de Contratos del Sector Público reproduce los términos de la directiva, entendiéndose que la legislación española establecerá asimismo la posible utilización de dicho cálculo para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa (solo como una de las posibilidades, no siendo la única posible). Asimismo, la Generalitat de Cataluña ha promulgado el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública que, - solo con ánimo ilustrativo y al margen de posibles dudas sobre su constitucionalidad o de su intención de "crear un espacio de desconexión con el legislador y el Estado español"¹¹¹ - , en su artículo 6.1 establece: "la oferta económicamente más ventajosa se tendrá que determinar sobre la base del precio o coste teniendo en cuenta la relación coste-eficacia de acuerdo con la totalidad de la proposición, mediante, si procede, el cálculo del coste del ciclo de vida. La valoración podrá tener en cuenta la relación calidad-precio", pareciendo, aunque con dudas, que se descarta el único criterio y se introduce el cálculo del ciclo de vida "de acuerdo con la totalidad de la proposición".

3.4. Aplicación práctica en la contratación pública

3.4.1 Aspectos generales

La Directiva de Contratos no establece una metodología común para el cálculo del coste del ciclo de vida, si bien deja la puerta

¹¹¹ Francisco Blanco López "Cataluña se independiza en Contratación Pública" Observatorio de la Contratación Pública 27/6/2016

abierta a un posterior establecimiento de la misma, que sería de uso obligado (apartado 3 del artículo 68¹¹²).

Podemos considerar como indudable, de acuerdo con lo establecido en la Directiva de Contratos, lo siguiente:

- 1) El cálculo del coste del ciclo de vida solo puede utilizarse cuando la selección del adjudicatario se realice con base en múltiples criterios de selección¹¹³
- 2) El cálculo del coste del ciclo de vida puede ser el único criterio a tener en cuenta a la hora de determinar la oferta más ventajosa, dado que se trata de un coste de componentes múltiples en el que se deberá ponderar "en la medida pertinente" (artículo 68) cuáles de los componentes se van a valorar y valores que se asignarán a cada una de las partes.
- 3) Todos los parámetros que se valoren deben poder expresarse en términos monetarios (no podemos olvidar que se trata de un coste).

¹¹² Cuando un acto legislativo de la Unión haga obligatorio un método común para calcular los costes del ciclo de vida, ese método común se aplicará a la evaluación de los costes del ciclo de vida. En el anexo XIII figura una lista de tales actos legislativos y, cuando es necesario, de los actos delegados que los completan. Se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 87 en lo referente a la actualización de esa lista cuando tal actualización resulte necesaria debido a la adopción de nueva legislación que haga obligatorio un método común o a la derogación o modificación de los actos jurídicos vigentes. - El anexo XIII, de momento, está vacío -.

¹¹³ "salvo cuando se evalúe únicamente sobre la base del precio"

Considerando 96.

-
- 4) En ningún caso se pueden considerar planes generales sociales o medioambientales de la empresa. Hay que tener en cuenta solo lo que afecta al contrato concreto¹¹⁴, lo que resulta lógico - puesto que hablamos de un criterio de adjudicación y no de selección y debe por lo tanto estar relacionado con el objeto del contrato - y acorde también con la actual legislación¹¹⁵.

De los puntos anteriores, podemos derivar lo siguiente:

- a) De forma lógica, al tratarse de valores monetarios (de nuevo es necesario incidir en que se trata de un coste) debería valorarse siempre mediante fórmulas, de manera que, cuando el cálculo del coste del ciclo de vida fuese el único criterio o parte mayoritaria de los criterios de selección, quedaría descartado el comité de expertos establecido en el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Asimismo, dentro del propio cálculo del coste de ciclo de vida no debería

¹¹⁴ Considerando 97 "la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa".

¹¹⁵ Artículo 150.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público "Para la valoración de las proposiciones deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato..."

contemplarse introducir ninguna valoración mediante juicio de valor¹¹⁶.

- b) Es necesario que en los Pliegos se determinen con claridad los siguientes extremos:
- a. Los datos que deben incluir las ofertas de los licitadores. Puede ser el propio cálculo del coste ciclo de vida con el nivel de desglose necesario para su apreciación y comparación o los datos que el órgano de contratación considere necesarios para llegar a ese cálculo por sí mismo. En el primer caso, sin embargo, en los pliegos que rijan para la contratación no será posible el mismo nivel de desglose, dado que serán las características de cada empresa y de cada producto dentro de la misma los que den como resultado un desglose u otro, una cantidad mayor o menor en los distintos parámetros. Es necesario tener en cuenta que el desglose en el cálculo del coste del ciclo de vida no supone la utilización de precios unitarios¹¹⁷.

¹¹⁶ Se podría decir que el *juicio de valor*, en este caso por parte de quien propone el contrato, debe hacerse antes, en las fases preparatorias, una de las "zonas oscuras" detectadas por la OCDE, en el "Foro Global sobre la Gobernanza: Lucha contra la corrupción y promoción de la integridad en la contratación pública". Es decir, cuando se decide toda la orientación del procedimiento incluyendo como valorar las ofertas. La mayor parte del trabajo en este sentido debe hacerse antes de la licitación del contrato y en este sentido el cálculo del coste del ciclo de vida contribuirá a "aportar luz" a la mencionada zona oscura.

¹¹⁷ De hecho son cuestiones independientes. El coste del ciclo de vida es uno, su desglose permitirá apreciar los extremos sociales y

-
- b. Las fórmulas necesarias para la valoración que serán, en principio:
- i. La fórmula que se utilizará para el cálculo del coste del ciclo de vida, en caso de que se pidan datos y no el coste en sí.
 - ii. En todos los casos la fórmula que se utilizará para la valoración del criterio, que no necesariamente otorgará la mayor puntuación al coste más bajo, sino que cada aspecto que se haya incluido en el pliego como valorable tendrá una ponderación que debe quedar determinada con claridad.
- c. Las condiciones para apreciar que las ofertas incurren en valores anormales y/o desproporcionados¹¹⁸ estableciendo a partir de que valores de cada parámetro por separado o en conjunto podrá considerarse dicha circunstancia. La adecuada determinación de las ofertas anormales o desproporcionadas colaborará a garantizar una correcta ejecución del contrato por lo que reviste este

medioambientales incluidos en el mismo, pero no se trata de precios unitarios. Independientemente, el precio de los productos o servicios, podrá establecerse mediante precios unitarios según determina el artículo 87.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y por tanto, la oferta económica, puede exigirse en forma de precios unitarios también.

¹¹⁸ Si no se establecen sería necesario asumir que no cabrá dicha apreciación, dado que se trata de una adjudicación con base en múltiples criterios de selección.

aspecto una importancia no desdeñable¹¹⁹. Es necesario, primero que se establezca claramente qué se considera una oferta anormal o desproporcionada para todas las ofertas, es decir, determinar por debajo de que coste y con qué circunstancias no sería posible la realización del contrato en las condiciones exigidas (y/o ofrecidas, determinando que nivel de oferta de un determinado criterio supondría una incursión en valor anormal del precio, por ejemplo). En cualquier caso, procederá si alguna oferta parece incurso en valores anormales o desproporcionados, la apertura del procedimiento contradictorio establecido en el artículo 152.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

3.4.2. Normas y proyectos internacionales.

a) Para certificar el análisis.

¹¹⁹ Si no se determina adecuadamente este extremo se podría dar tanto el caso de rechazar una oferta perfectamente adecuada y ventajosa, como el caso de adjudicar a una empresa que no podrá cumplir la prestación contratada en las condiciones por ella ofrecidas, dando lugar a múltiples incidencias en la contratación, desde la imposición de penalidades (obligatorio si se han establecido) hasta la resolución, además de la mala ejecución de la prestación con las consecuencias que todo ello acarrea para el organismo contratante. A la hora de determinar este punto es necesario que el poder adjudicador sea especialmente cuidadoso. Asimismo una oferta anormalmente baja podría suponer que el licitador haya entendido mal el pliego de condiciones o, sobre todo si varias de las ofertas incurren en valores anormales o desproporcionados, que la redacción de dicho pliego sea indeterminada o imprecisa. Dado el carácter contractual del pliego, el adjudicatario podría usar este extremo en la ejecución del contrato.

Existen normas internacionales que analizan el ciclo de vida. Son las normas ISO 14040 (principios y marco de referencia para el ACV) e ISO 14044 (requisitos y directrices para el ACV - para la aplicación de esta es imprescindible la anterior-), adoptadas en español por AENOR como UNE-EN ISO 14040 y UNE-EN ISO 14044 y EN 60300-3-3:2004. Las dos se refieren a gestión medioambiental – no contemplan aspectos sociales -. Si bien la posesión de la certificación correspondiente no puede, en ningún caso, servir como criterio de valoración, si pueden exigirse como acreditación de solvencia técnica y garantizarán que el ciclo de vida que estemos considerando ha sido analizado por organismos acreditados y por lo tanto los costes que presenten serán ajustados a la realidad¹²⁰.

b) Para calcular y analizar el coste.

La norma europea EN 6030-3-3:2004, que adapta la Norma Internacional IEC 60300-3-3:20T4 para Europa y que ha sido adoptada en español por AENOR como UNE –EN 60300-3-3:2009, que se ocupa del cálculo de coste del ciclo de vida, basada en la confiabilidad, pero que está configurada como una Guía de Aplicación y que aporta ejemplos que pueden servir a la hora de incluir aspectos de dicho coste en los pliegos.

También existen diversas normas y guías para productos y servicios específicos. En especial y para la construcción, se ha desarrollado el Proyecto Cileccta (An user-oriented knowledge-

¹²⁰ Como norma general deberá permitirse a los licitadores que, en ausencia de estos presenten certificados que ellos consideren equivalentes y aceptarlos o no dependerá del criterio de la Mesa de Contratación a este respecto.

based suite of Construction Industry Life Cycle Cost Analysis software for pan-european determinatios and costing of sustainable Project options), entre 2009 y 2013, que ha tenido como objetivo primordial el desarrollo de un software capaz de unificar el Coste de Ciclo de Vida y el Análisis de Ciclo de Vida en una única herramienta de Análisis de Costes del Ciclo de Vida. El proyecto contó con un presupuesto total de 7.738.819 €, fue financiado por el 7º Programa Marco de I+D+i de la Unión Europea, y en él participaron 17 expertos procedentes del mundo industrial y académico. Aunque el proyecto finalizó en agosto de 2013, en la actualidad se sigue trabajando para hacer que este software esté disponible comercialmente y los usuarios finales puedan acceder a él a través de Internet.

Asimismo se ha desarrollado el proyecto SMART SPP. Un proyecto europeo para promover la introducción de nuevas tecnologías, con bajas emisiones de carbono, en el mercado europeo mediante el fomento del diálogo entre los responsables de contratación de las administraciones públicas y los fabricantes y distribuidores de productos y servicios innovadores, con anterioridad a la fase de contratación. El proyecto está coordinado por el International Council for Local Environmental Initiatives (ICLEI) y se resume en una Guía para las administraciones públicas ¹²¹ que incluye una herramienta de cálculo de costes de ciclo de vida y de evaluación de las emisiones de CO₂ (hoja de cálculo) y una Guía del Usuario de la Herramienta CCV-CO₂ para utilizar la herramienta de evaluación de los costes de ciclo de vida y CO₂. Si bien este proyecto está centrado en la contratación evaluando las emisiones, la

¹²¹ "Impulsando la innovación energéticamente eficiente a través de la contratación. Guía práctica para las Administraciones Públicas"

metodología propuesta es fácilmente adaptable a la valoración de otros criterios.¹²²

4.- VENTAJAS DEL CÁLCULO DEL COSTE DEL CICLO DE VIDA

1) En la determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

Habida cuenta de que en un mismo criterio de selección se podrían incluir múltiples aspectos, incluyendo los sociales, ambientales y relacionados con la innovación, que dicho criterio debería valorarse siempre mediante aplicación de fórmulas, con el consiguiente aumento de la objetividad y de seguridad para los licitadores, que su utilización colaboraría en la simplificación del procedimiento de licitación, que es otro objetivo perseguido por la Directiva de Contratos¹²³ y compartido por todos los actores en el procedimiento¹²⁴, y que podría ponderarse según

¹²² Dentro del proyecto se han realizado seminarios en la fase previa a la contratación con los fabricantes y distribuidores, para conocer las últimas novedades tecnológicas disponibles en el mercado. También se ha utilizado la herramienta de cálculo de costes de ciclo de vida y de emisiones de CO₂ para comparar (previa y posteriormente a la contratación) el funcionamiento de las diferentes alternativas.

¹²³ La Directiva de Contratos hace continuas referencias a "simplificar" o a la "simplificación" de la Contratación Administrativa, se pueden encontrar por ejemplo en los considerandos 52, 63, 84, 86, 114, 127 y 133.

¹²⁴ En este aspecto la Directiva de Contratos comparte su preocupación por la simplificación del procedimiento de contratación tanto con las

los intereses de cada órgano de contratación, el cálculo del coste del ciclo de vida debería suponer un importante avance para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

El coste del ciclo de vida tendrá un alcance diferente dependiendo de cómo se oriente el análisis del mismo, pudiendo identificarse los costes más significativos o que más interés tengan para cada caso de forma que se busque la mejor combinación de recursos para obtener los resultados esperados, y todo ello en el momento del ciclo de vida que se considere más idóneo¹²⁵. Según sea acertado o no el cálculo del coste del ciclo de vida, la oferta adjudicataria será la económicamente más ventajosa o no, de acuerdo con los objetivos a alcanzar con el contrato determinados por el organismo contratante.

2) En la eficiencia

Si consideramos que, como se ha dicho ya, para un producto, el ciclo de vida tiene en cuenta múltiples aspectos (las investigaciones previas, el suministro de las materias primas

empresas potencialmente licitadoras como con los gestores de la contratación pública. En un proceso tan dinámico como este, que ya es complejo por su propia naturaleza y transversalidad, cualquier ayuda a la simplificación debe ser bienvenida.

¹²⁵ Se puede intentar actuar sobre un parámetro concreto (por ejemplo, en un suministro, en la fase de fin de vida útil, la posibilidad de reciclado total), mientras se mantiene el gasto total en niveles aceptables, valorando la mayor incidencia en ese parámetro para una oferta económica total fija. De la misma forma se puede ponderar cualquier parámetro o combinación de los mismos en cualquier momento del ciclo de vida.

necesarias para fabricarlo, el transporte de dichas materias primas hasta el centro de producción, la fabricación de intermedios y, por último, el propio producto, incluyendo envase, la utilización del producto y los residuos generados por su uso, y su fin de vida - posibilidad de reutilización o reciclaje, etc. -) y que en el caso de que dicho producto se utilice en una obra o servicio, el ciclo de vida de dicha obra o servicio debe integrar todos los demás productos, ponderadamente a su uso, así como los componentes derivados de la propia obra o servicio (una ventana con un ciclo de vida determinado puede influir en el total de la obra una forma u otra según sea su instalación) teniendo un impacto económico distinto en el total de la obra o servicio, resulta obvio que analizando coste del ciclo de vida puede intentarse incrementar la eficiencia en la adjudicación de los contratos y, por lo tanto, en la gestión de los fondos públicos¹²⁶.

3) En los propios procedimientos de contratación

La necesidad de un estudio previo más exhaustivo y amplio, que incluya consultas al mercado, la simplificación de la valoración de las ofertas, la posibilidad de que no intervenga ningún comité técnico al tratarse de procedimientos valorables siempre mediante fórmulas etc. colaborará al establecimiento de unos procedimientos de contratación más rápidos, simples, objetivos

¹²⁶ Un estudio sobre la contratación sostenible realizado en 2007 por el Öko-Institut por encargo de la propia Comisión Europea concluye que la adquisición de productos y servicios sostenibles no es necesariamente más onerosa para las administraciones públicas contratantes que la de productos no sostenibles, siempre que el proceso de contratación se lleve a cabo mediante la aplicación de análisis del coste del ciclo de vida.

y eficientes. Asimismo las características del cálculo del coste del ciclo de vida, contribuirán a una mayor profesionalización de todos los intervinientes en las distintas fases de la contratación.¹²⁷

5.- PROBLEMAS PARA EN LA APLICACIÓN DEL CÁLCULO DEL COSTE DEL CICLO DE VIDA.

1) Aumento de los importes de licitación y/o adjudicación.

Desde un punto de vista económico-presupuestario, - teniendo en cuenta que es un principio económico que los recursos son escasos y que, en cualquier momento, incluso en los de bonanza económica, disponemos de un presupuesto finito y determinado que no podemos sobrepasar -, y que todos los costes son costes de oportunidad¹²⁸, el incluir criterios medioambientales o sociales o relativos a la innovación hará que los importes de licitación con seguridad y, muy probablemente, los importes de adjudicación, aumenten. No cabe pensar que la introducción de los mencionados criterios pueda hacerse sin coste adicional alguno y que los servicios no se verán perjudicados. Este

¹²⁷ “Para la determinación previa de especificaciones técnicas, la comprobación de propuestas con respecto a tales criterios y la evaluación de ofertas conforme al precio y calidad, se necesitan altos niveles de competencias técnicas”. Contratación pública. Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos.

¹²⁸ El valor real de cualquier bien, servicio, suministro u obra es el coste de lo que tendrá que dejar de hacerse para adquirirlo o realizarlo

planteamiento obligaría a una sobrecarga en las empresas adjudicatarias que necesariamente conduciría a una merma en la prestación de los servicios e incrementaría las resoluciones de contratos con el consiguiente gasto en recursos de todo tipo. No obstante los posibles aumentos presupuestarios tienen un elevado potencial de retorno, más inmediato en los aspectos relacionados con el medioambiente (en un edificio bien aislado o que utilice un porcentaje de energías renovables, inmediatamente será visible el ahorro en climatización) y menos apreciable de forma inmediata, pero posiblemente más amplio en las cuestiones sociales o de innovación.

Hay que considerar que, con seguridad, no se podrá abarcar presupuestariamente una generalización de este tipo de criterios en todas las fases del ciclo de vida, porque encarecería excesivamente el procedimiento y restringiría la concurrencia enormemente, perdiendo la capacidad de impacto que se presupone. Es necesario abordarlo por partes, según la importancia que se atribuya a cada una de ellas¹²⁹.

2) Sobrevaloración de criterios

Por otra parte, es necesario un cuidado adicional si se usan otros criterios de valoración además del cálculo del coste del ciclo de vida. Podría existir el riesgo de doble valoración de un mismo aspecto si se incluyen determinados elementos como criterio (en materia de compra pública ecológica, o en el reciclado, por ejemplo) y también en el cálculo del coste del ciclo de vida.

¹²⁹ Es imposible dejar de incidir aquí en la necesidad de unas claras líneas estratégicas, que además permitirán medir el impacto obtenido sobre el esperado.

Como norma general, puede evitarse no incluyendo lo que se vaya a valorar en el cálculo del coste del ciclo de vida en ningún otro criterio de adjudicación¹³⁰.

3) Procedimientos desiertos

El aparente aumento de la complejidad en el procedimiento de contratación que supone el cálculo del coste de ciclo de vida, podría llevarnos a pensar que produciría un mayor volumen de procedimientos desiertos.

Asegurarnos, en la medida de lo posible de que esto no sucede, solo requiere de la utilización de unas prácticas lo mejores posibles a la hora del estudio y diseño previo de la contratación, invirtiendo en tiempo necesario para ello¹³¹. Es necesario determinar la necesidad existente, las formas de cubrirla, los costes y la disponibilidad de presupuesto, el procedimiento de adjudicación más adecuado, y cualquier otro aspecto a tener en cuenta incluyendo las posibles consultas al mercado. Las empresas implicadas podrán ayudarnos a determinar cuál es el coste real y como influirán en él las decisiones que se hayan tomado. Asimismo, será más sencillo determinar el punto a

¹³⁰ Puede usarse la solvencia, o incluso hacer obligatorios determinados aspectos siempre que se tenga en cuenta la debida proporcionalidad y el respeto al principio de concurrencia.

¹³¹ “Los proyectos de contrataciones basados en estudios inadecuados y supuestos no probados no conseguirán los objetivos que se desean” Contratación pública. Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos.

partir del cual una oferta puede considerarse anormal o desproporcionada¹³².

El estudio previo a la licitación deberá ser lo suficientemente extenso y preciso, tener como base los estándares de calidad adecuados para garantizar las funcionalidades y duración necesarias de los productos, obras o servicios a contratar, y que tendrán el carácter de mínimos¹³³ a partir de los cuales se tendrá en cuenta la incorporación de los aspectos prioritarios según las líneas estratégicas establecidas.

Para que las empresas potencialmente interesadas participen en esas consultas es necesario garantizarles la confidencialidad de determinados datos, así como que el hecho de ayudar a la determinación solicitada no conllevará su exclusión del procedimiento de licitación.

La solución está en consultar al suficiente número de empresas como para que ninguna sea determinante en la elaboración de los pliegos (el número tradicional de tres parece corto, deberían ser al menos cinco si queremos tener la garantía de una visión amplia del mercado) y en dar el tiempo suficiente para la

¹³² La aparición de un número alto de ofertas desproporcionadas en un procedimiento de licitación suele indicar que, o bien se han cometido errores en los pliegos de condiciones, o se ha hecho una determinación incorrecta del precio de mercado, o ambas cosas. Un estudio previo extenso y cuidadoso disminuiría, sin duda, estas posibilidades de error.

¹³³ "Obviamente, la respuesta a los desafíos sociales no debería reducir la eficiencia de la contratación pública" Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la U.E. Punto 4 página 37.

preparación de las ofertas, de modo que las empresas no participantes en las conversaciones iniciales puedan entender totalmente lo que se pretende contratar y como se valorarán sus ofertas - lo que no ofrece problemas con nuestra actual legislación¹³⁴ y está completamente de acuerdo con lo indicado en el artículo 41 segundo párrafo de la Directiva de Contratos¹³⁵.

6. CONCLUSIONES

En resumen, el cálculo del coste del ciclo de vida, dadas sus características se configura como un instrumento altamente eficaz en la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa, dando la posibilidad de incluir en un mismo criterio todo tipo de condicionantes, incluso sociales o medioambientales, si este es el deseo del órgano de contratación y de incluirlos en una, varias o todas las fases de la

¹³⁴ El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público habla en su artículo 143 de que los plazos se fijarán "teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquellas", refiriéndose a las ofertas (también advierte de la obligación de respetar los mínimos establecidos) -.

¹³⁵ Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato

vida de un producto o servicio. Asimismo, su utilización como criterio garantiza, si se aplica adecuadamente, una valoración de forma completamente objetiva e igualitaria. A la vez, su uso facilitará la simplificación del procedimiento de licitación y adjudicación a la vez que obligará a una mejora de las fases previas a la elaboración de los pliegos, dado que estas fases previas se configuran como fundamentales para el éxito de las contrataciones que utilicen como criterio el cálculo del coste del ciclo de vida.

Su aplicación práctica presenta ciertamente problemas, que disminuirán según se avance en su aplicación y aumenten los conocimientos al respecto de los gestores de contratación y que solo se podrán resolver con la voluntad decidida de las administraciones contratantes. Sin duda dicha aplicación experimentará un estímulo importante si se aprueban normas de cálculo generales en el ámbito de toda la UE. Ya existen antecedentes (sobre todo en la industria militar y de la construcción) de dicho cálculo y normas internacionales que analizan y calculan el ciclo de vida desde diferentes aspectos y pueden ayudar a la aplicación del mismo como criterio de valoración así como proyectos en marcha sobre este aspecto.

BIBLIOGRAFÍA:

- Gimeno Feliu, José María. "Las nuevas directivas -cuarta generación - en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública". *Civitas Revista de Derecho Administrativo* nº 159/2013.

-
- Gimeno Feliú, J.M., "Compra pública estratégica", en AA.VV. (Dir. J. José Pernas García), Contratación Pública Estratégica, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
 - Ortuzar Maturana, Rodrigo. "Una propuesta metodológica para la estimación del coste del ciclo de vida en inversiones militares". Tesis Doctoral. Universidad de Granada. Diciembre 2008.
 - Rodríguez Martín Retortillo, Maria del Carmen. La contratación pública estratégica en el marco de la nueva directiva de contratación pública.
 - Sánchez Trujillano, Antonio, Perelli Botello, Marcos, Cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación pública. Reflexiones desde las Administraciones Públicas. Revista Carreteras, número 1/2016.
 - García-Erviti, F., Armengot-Paradina, J., Pamírez-Pacheco, G. El análisis del coste del ciclo de vida como herramienta para la evaluación económica de la edificación sostenible. Estado de la cuestión. Informes de la Construcción, 67(537) (2015); E056, DOI: <http://dx.doi.org/10.3989/ic.12.119>
 - Sampedro Rodríguez, Ángel. "Desarrollo de una metodología de análisis de ciclo de vida integral específica para carreteras. Cuaderno Tecnológico de la Plataforma Española de la Carretera 7/2011.

ANEXO DOCUMENTAL:

- 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. Publicada en DOUE y BOE. Disponible online <http://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf>.
- Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Publicada en DOUE y BOE. Disponible online. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80599&lang=eu.
- Los Efectos Jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público. Tribunales Administrativos de Contratación Pública. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el día 1 de marzo de 2016 -. Disponible online <http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos Documento final ESTUDIO aplicacion directa de las Directivas b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3>.
- Comunicación de la Comisión Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. 3

-
- de marzo de 2010. Disponible online http://ec.europa.eu/europe2020/index_es.htm.
- Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público. Texto Original disponible Online <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Borrador%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Contratos%20del%20Sector%20P%C3%BAblico-%202017%20abril%202015.pdf>
 - Generalidad de Cataluña. Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública. Disponible online http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/7133/150025_1.pdf
 - Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente. Disponible online <http://ec.europa.eu/>
 - Comunicación de la Comisión Europea "la Competitividad de la Industria de la Construcción" año 1.997. Disponible online <http://ec.europa.eu/>
 - Gestión ambiental. Análisis de ciclo de vida. Principios y marco de referencia. (ISO 14040:2006). Publicada por AENOR y comercializada a través de su página web www.aenor.es, donde, además puede encontrarse un extracto del contenido.

-
- Gestión ambiental. Análisis de ciclo de vida. Requisitos y directrices. (ISO 14044:2006). Publicada por AENOR y comercializada a través de su página web www.aenor.es, donde, además puede encontrarse un extracto del contenido.
 - Gestión de la confiabilidad. Parte 3-3: Guía de aplicación. Cálculo del coste del ciclo de vida. Publicada por AENOR y comercializada a través de su página web www.aenor.es, donde, además puede encontrarse un extracto del contenido.
 - Guía 2.0 para la Compra Pública de Innovación. Documento coordinado por Miguel Ángel Bernal Blay y José María Gimeno Feliú (Universidad de Zaragoza).
 - "Contratación pública. Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos", Elaborado por los Servicios de la Comisión en colaboración con el Banco Europeo de Inversiones. Oficina de publicaciones de la Unión Europea. 2015. http://es.europa.eu/regional_policy/index.en.cfm.
 - Smart spp Innovation through sustainable procurement <http://www.smart-spp.eu/index.php?id=7444>

“EL PARTIDO POLÍTICO COMO PODER ADJUDICADOR”

Álvaro González-Juliana Muñoz

Licenciado en Derecho

Resumen

El presente trabajo estudia la aplicación de la normativa sobre contratación pública a los partidos políticos. El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público presenta como una de sus novedades más importantes la incorporación de los partidos políticos a su ámbito subjetivo de aplicación. Sin embargo, en este artículo se concluye que, de acuerdo con la normativa comunitaria, los partidos políticos deben considerarse poderes adjudicadores en la vigente Ley de Contratos del Sector Público.

Palabras Clave: Partidos Políticos, Poderes Adjudicadores, Organismo de derecho público, Contratación Pública.

“POLITICAL PARTIES AS CONTRACTING AUTHORITIES”

This paper analyses the application of the Public Procurement Act on political parties. The Draft Procurement Act includes new features that would bring political parties within its scope. This paper concludes that, in accordance with European laws, political parties should be considered contracting authorities in the current Public Sector Contracts Act.

KeyWords: Political parties, Contracting Authorities, Bodies governed by public law, Public Procurement.

Sumario

- I. Introducción**
- II. Las funciones de los partidos políticos.**
- III. El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.**
 - 1. El artículo 3.4 del Anteproyecto.**
 - A. Personalidad jurídica propia.**
 - B. Creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.**
 - C. Que un poder adjudicador financie mayoritariamente su actividad; controle su gestión; o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.**
 - 2. Los partidos políticos y la Directiva 2014/24/UE.**
- IV. Los partidos políticos celebran contratos privados.**
- V. Contratos sujetos a regulación armonizada.**
- VI. Bibliografía.**

I. INTRODUCCIÓN.

La realización de las funciones que la Constitución encomienda a los partidos políticos requiere de una participación de las formaciones políticas en el tráfico jurídico. El funcionamiento de los partidos políticos en la vida pública necesita de un lado de una financiación y del otro, de una actuación en el mercado al que acudirán para la provisión de medios personales y materiales. Es decir, el partido político necesita llevar a cabo una actividad contractual con terceros para proveerse de distintos bienes y servicios que son necesarios para su normal funcionamiento.

Los partidos políticos, de acuerdo con la doctrina constitucional, tienen una naturaleza privada, en cuanto son una forma especial de asociación cualificada por la relevancia constitucional de sus funciones, que derivan directamente del artículo 6 de la Constitución.

No obstante, aunque los partidos políticos tengan una naturaleza esencialmente privada, forman parte fundamental de la estructura constitucional y tienen una financiación pública mayoritaria, por lo que no parece lógico que su comportamiento en el mercado deba ser igual al de cualquier otro particular.

En definitiva, parece obvio que la relevancia constitucional de las formaciones políticas y su natural contacto con el poder nos conduzca, al menos *prima facie*, a preguntarnos si la actividad contractual de estas entidades deba estar sometida a una regulación específica, distinta por la tanto a la de la generalidad de los sujetos privados.

Este artículo versa precisamente sobre esta cuestión. Se trata, en definitiva, de estudiar la aplicación de las normas sobre contratos públicos a los partidos políticos, en un momento que la sociedad demanda un control más exhaustivo sobre los partidos políticos y los fondos públicos. Siguiendo este sentir social, el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector público incorpora a los partidos políticos dentro de su ámbito subjetivo de aplicación.

II. LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El sistema democrático que instaura la Constitución necesita necesariamente de unos actores principales que desempeñen la labor de aunar las voluntades de los ciudadanos, dirigiendo las distintas sensibilidades ideológicas presentes en la sociedad hacia concretos proyectos políticos. Esto es, agrupar similares tendencias ideológicas de los ciudadanos que puedan materializarse en determinados programas políticos¹³⁶. Así, el partido político aparece como el vehículo necesario para obtener

¹³⁶ En este sentido, afirmaba Kelsen que "es evidente que el individuo aislado carece por completo de existencia política y no podrá ejercer ninguna influencia efectiva en la formación de la voluntad del Estado y que por consiguiente la democracia solo es posible cuando los individuos a fin de lograr una actuación sobre la voluntad colectiva se reúnen en organizaciones definidas por diversos fines políticos, de tal manera que entre el individuo y el Estado se interponen aquellas colectividades que agrupan en forma de partidos políticos las voluntades políticas coincidentes de los individuos" (KELSEN, H.; *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1977, p. 37).

relevancia política en la vida pública, indispensable, por tanto, para transformar la voluntad de los ciudadanos en la voluntad del Estado. Voluntad de los ciudadanos que, en puridad de términos, no es única sino más bien una pluralidad de voluntades, intereses y concepciones ideológicas distintas, en cierto modo contrarias entre sí, siendo precisamente la existencia de tal diversidad, la que da lugar a la existencia de los partidos políticos¹³⁷. Los partidos, entonces, vienen a canalizar o encauzar voluntades similares de los ciudadanos con el propósito último de convertir esos intereses que representan (los de su electorado, esto es una de *parte* del pueblo) en los intereses generales (del conjunto de los ciudadanos)¹³⁸. Es decir, los

¹³⁷ Señala GARCÍA GUERRERO, J. L, "Algunas cuestiones sobre la constitucionalización de los partidos políticos", *Revista de Estudios Políticos*, número 70, 1990, p. 144, que "la aparición del partido político en sentido moderno es una consecuencia de la evolución de la soberanía nacional, el sufragio restringido y el sistema electoral mayoritario, propios del Estado liberal, hacia la soberanía popular, el sufragio universal y la representación proporcional (...)". De igual modo, SÁNCHEZ FERRO, S., "El complejo régimen jurídico aplicable a los partidos políticos tras la aparición de la Ley Orgánica de partidos políticos de 27 de junio de 2002", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 12, 2005, p. 232, vincula el nacimiento del partido político con la extensión del sufragio señalando que "fue entonces cuando se consolidó la existencia de los partidos políticos, que venían a intentar acortar las distancias que separaban a los ciudadanos de sus representantes".

¹³⁸ En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que los partidos políticos en "su misma razón de ser tienen inscrita (...) la tarea de ir agregando diversidad de intereses individuales y sectoriales en proyectos y actuaciones de alcance político" (STC 75/1985, FJ 5 (Ponente: ESCUDERO DEL CORRAL, A.,)). La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, nos señala que la finalidad de las asociaciones políticas es "la de aunar

partidos integran las distintas voluntades de los ciudadanos coadyuvando a formar la voluntad de la comunidad política¹³⁹. Es, por ello, en ese pluralismo de ideas existente en la sociedad el ámbito en el que actúan los partidos "pues su función es integrarlo para posibilitar la formación de la voluntad popular en el Parlamento"¹⁴⁰. En efecto, es en la sede de la soberanía

convicciones y esfuerzos para incidir en la dirección democrática de los asuntos públicos, contribuir al funcionamiento institucional y provocar cambios y mejoras desde el ejercicio del poder político".

A este respecto, GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., "Constitución y partidos políticos: el caso de España", *Tendencias contemporáneas del derecho electoral en el mundo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México Distrito Federal, 1993, p. 879, introduce alguna matización al afirmar que "agregar intereses es función que normalmente cumplen los partidos pero no por su misma -razón de ser- como afirma el Tribunal Constitucional, sino en el caso concreto de esta función, por razones meramente económicas, es decir, dictadas por el principio de la escasez. Si los partidos no agregan intereses no suman votos y si no suman votos, no consiguen escaños. Y porque los escaños son escasos los partidos agregan intereses, no porque la agregación de intereses esté en la esencia de los partidos. En la esencia del partido (parte) político está el -partir no el -agregar".

¹³⁹ Para MONTESQUIEU, los partidos eran elementos necesarios para el recto funcionamiento del régimen constitucional, pues favorecían la libertad individual, el disenso, el libre juego y la recíproca influencia de las distintas opciones políticas (PRESNO LINERA, M.A., "Pluralismo de partidos, no separación de poderes", *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, número 5, 2009, p. 245.

¹⁴⁰ PÉREZ-MONEO AGAPITO, M., *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p.36.

nacional donde, los partidos a través de los grupos parlamentarios, debaten, acuerdan y concilian las distintas voluntades para formar la voluntad general. En este sentido, "la *ratio* del Parlamento radica en un proceso de controversias entre contradicciones y opiniones, de lo que resultaría la auténtica voluntad estatal"¹⁴¹, pues de otro modo, si aceptásemos que "la voluntad de la mayoría es, sin discusiones, la voluntad del pueblo y no necesita negociar o discutir con otras voluntades para llegar a formar la voluntad común, el Parlamento está pura y simplemente de sobra"¹⁴².

Consciente de su papel fundamental en la construcción democrática del Estado, la Constitución regula los partidos políticos en el Título Preliminar¹⁴³.

¹⁴¹ SCHMITH, C., *Sobre el Parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 43.

¹⁴² RUBIO LLORENTE, F., "El Parlamento y la representación política", *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución Española)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 229.

¹⁴³ La relevancia de los partidos políticos en el sistema constitucional se manifiesta en su regulación en el Título Preliminar. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al afirmar que "la colocación sistemática de este precepto (el artículo 6 de la Constitución) expresa la importancia que (la Constitución) reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional, y la protección que de su existencia y de sus funciones se hace, no sólo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y a participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político" (STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 5 (Ponente: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.,)). También la doctrina considera que la "ubicación constitucional del artículo 6 supone reconocer a los partidos políticos su condición de protagonistas

Así el artículo 6 de nuestra norma fundamental dispone que “los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”.

En efecto, en primer lugar, los partidos son, ante todo, expresión de una realidad anterior, el pluralismo político, al que nuestra Constitución eleva a principio superior del ordenamiento jurídico. El pluralismo político significa, en sustancia, diversidad de opciones políticas que compitan por el poder, de tal modo que todos los ciudadanos puedan ver plasmadas sus ideas políticas y sociales en determinados proyectos de gobierno¹⁴⁴. No bastaría, por tanto, con la mera existencia de partidos políticos con un mero propósito de gobernar, sino que resulta necesario que “exista la posibilidad de que cualquier opción política pueda acceder al Gobierno”¹⁴⁵, lo que exigiría que se establezcan “los

colectivos de nuestra vida comunitaria” (ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 212).

¹⁴⁴ Como afirma GIL CASTELLANO, J., “La financiación de los partidos políticos: el estado de la cuestión”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, número 36, 2001, p. 250, “la política es una lucha basada en la diversidad y en el intento de supremacía de unos grupos sobre otros; afirmación ésta que trae como consecuencia inevitable el reconocimiento del pluralismo como un elemento intrínseco en toda sociedad libre”.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ VIVAS, Y., *Igualdad y partidos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2004, p. 299.

cauces necesarios para que las minorías en un momento determinado tengan la opción de ser mayorías”¹⁴⁶.

A continuación, señala el artículo 6 que los partidos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, siendo ésta su función principal dentro del sistema constitucional, que no es otra que aglutinar la voluntad popular para intentar transformarla en voluntad del Estado¹⁴⁷. Esta concurrencia¹⁴⁸ de

¹⁴⁶ CARRERAS SERRA, F., “Los partidos políticos en nuestra democracia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 70, 2004, p. 161.

¹⁴⁷ Señala DE OTTO PARDO, I., “Defensa de la Constitución y partidos políticos”, *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2010, p. 660, que puede entenderse que (...) solo es voluntad popular en el sentido técnico-jurídico del término aquellas que los ciudadanos expresan cuando son llamados a crear mediata o inmediatamente Derecho, no la que expresan cuando ponen lícitamente de manifiesto su voluntad o su opinión; en tal caso entenderíamos que concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular supone concurrir a las elecciones (...). Pues “en todo caso, de acuerdo con los principios de la representación democrática, la voluntad popular se forma en los Parlamentos y se manifiesta a través de ellos” HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, J., “La constitucionalización de los partidos en España”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, número 23, 2006, p. 130.

¹⁴⁸ Afirma RAMÍREZ, M., “Los partidos políticos en la Constitución Española de 1978”, *Revista de Estudios Políticos*, número 13, 1980, p. 55, que “el término concurrir acaso quiera dar a entender que esta misión no les corresponde en exclusiva, sino que puede ser compartida con otra suerte de grupos que el texto no cita”, si bien como señala FLORES GIMÉNEZ, F., “Los partidos políticos: intervención legal y espacio político: a la búsqueda del equilibrio”, *Teoría y Realidad Constitucional*, número 35, 2015, p. 361, “esa concurrencia se haya manifestado con el tiempo más como monólogo que como diálogo”. Matiza HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, J., “La constitucionalización de los partidos...op. cit.

los partidos a la formación y manifestación de la voluntad popular implicaría “una voluntad permanente de concurrir a las elecciones, que es donde con mayor efectividad pueden ejercitar la función constitucional que nuestra Carta Magna les otorga, y que constituye su principal razón de ser”¹⁴⁹, esto es, conseguir la confianza electoral para convertir sus programas políticos en Derecho”¹⁵⁰.

Finalmente, señala la Constitución que los partidos son instrumento fundamental para la participación política, al aunar las voluntades plurales de los ciudadanos en torno a un proyecto político común para cada ideología política, permitiendo reducir las opciones electorales en favor de la racionalización del proceso electoral¹⁵¹.

p. 131, que “la concurrencia supone la igualdad de oportunidades para todos los partidos (...), igualdad que hemos de interpretar a la luz del artículo 14 CE, interpretado no sólo *uti singulis* sino también *uti soci*, y el artículo 9.2 CE, y que está presidida por la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico que establece el artículo 1.1 de la Constitución”.

¹⁴⁹ GARCÍA GUERRERO, J. L., “Algunas cuestiones...op. cit. p. 151.

¹⁵⁰ En los mismos términos, JIMÉNEZ CAMPO, J., “Sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos”, *Revista de Derecho Político*, número 26, 1988, p. 15, afirma que “la «voluntad popular» que éstos concurren a formar y a manifestar (...) es la que manifiesta el cuerpo electoral, al pronunciarse en las urnas sobre opciones que son, casi exclusivamente, opciones partidarias, esto es, la «voluntad política que los sufragios expresen», como se dijo en la Sentencia 69/1986 del Tribunal Constitucional.

¹⁵¹ Se trata, en definitiva, lo que Lord BRYCE denominó «*poner orden en el caos multitudinario de los electores*», citado por HERNÁNDEZ BRAVO

DE LAGUNA, J., *Partidos políticos, Estado y Derecho: de la hostilidad a la teoría*, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, número 19, 2002, p.84, nota 46.

Para GARCÍA GUERRERO, J. L., "Algunas cuestiones...op. cit. p. 153, cuando se afirma que los partidos políticos son instrumento fundamental para la participación política, "no se está indicando una función de los partidos, sino que se establece una conexión con el artículo 23.1 de la Constitución, en función del cual el partido se convierte en el instrumento fundamental para ejercer el derecho subjetivo a la participación política, no uno más, sino el principal".

En nuestro Derecho, sólo pueden presentar candidaturas los partidos políticos, las coaliciones y federaciones, así como las agrupaciones de electores (artículo 44 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. En este sentido señalan ARNALDO CUBILLAS, E., ABELLÁN MATESANZ, I. S., "Sobre la presentación y proclamación de candidaturas", *Revista Española de Derecho Político*, número 117, 2002, p. 149, que "la obviedad de las ventajas del sistema de partidos (...) canalizando las distintas opciones políticas que se ofrecen a los ciudadanos a través del puente mediador de los partidos (...) también presenta zonas de penumbra, sobre todo, por lo que se refiere a las limitaciones que dichos partidos imponen a la libertad de los elegibles y, por ende, de los propios electores. Quizá el hecho de querer tanto evitar el monopolio de los partidos en las elecciones, como salvaguardar el derecho de los ciudadanos a participar individualmente en las mismas, explique que algunas legislaciones electorales se mantengan fieles todavía a los principios del individualismo liberal y, reacias a aceptar el fenómeno de los partidos políticos, sigan considerando la presentación de candidatos como un acto puramente individual. Ejemplos señalados de esta concepción individualista a la que nos referimos son el *Code Electoral* francés que, conservando la vieja aversión a los «cuerpos intermedios», heredada de la Revolución francesa, desconoce al partido político como sujeto legitimado para presentar candidatos; y, en Inglaterra, la *Representation of the People Act*, de 1949, que reconoce a cualquier ciudadano la posibilidad de presentarse como candidato, sin necesidad de recurrir a los partidos".

A su vez, el Tribunal Constitucional resume las funciones constitucionales de los partidos "en su vocación de integrar mediada o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales. No ejercen funciones públicas, sino que proveen al ejercicio de tales funciones por los órganos estatales; órganos que actualizan como voluntad del Estado la voluntad popular que los partidos han contribuido a conformar y manifestar mediante la integración de voluntades e intereses particulares en un régimen de pluralismo concurrente"¹⁵².

III. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Una de las cuestiones más novedosas que presenta el Anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Consejo de Ministros de 17 de abril de 2005 (en adelante, ALCSP) es la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la norma tanto a los partidos políticos como a otras

¹⁵² STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5 (Ponente: JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, M.,). En el mismo sentido, JIMÉNEZ CAMPO, J., "Sobre el régimen jurídico-constitucional... op. cit. p. 16, apunta que las actividades de los partidos políticos "no son, por lo demás, «funciones públicas» en ningún sentido técnico riguroso (...) no son asociaciones privadas que ejercen funciones públicas pues si la expresión «función pública» significa algo preciso en este contexto (función que pudiera ser desarrollada por un ente público aunque por las razones que sean, se deja su ejercicio -bajo control- en manos privadas), ello no es predicable de las tareas que corresponden a los partidos políticos que, ocioso es decirlo, no podrán ser asumidas por los poderes públicos sino negando la condición democrática del Estado".

entidades relevancia constitucional como son los sindicatos y las organizaciones empresariales¹⁵³.

La exposición de motivos del Anteproyecto señala que la extensión del ámbito subjetivo a estas entidades “evitará posibles prácticas de corrupción”, señalándose, por tanto, la sujeción a la Ley de Contratos del Sector Público como un instrumento más de prevención de prácticas corruptas.

El sometimiento a las normas sobre contratación pública como un medio más para eliminar la corrupción es tradicional en nuestro Derecho. En este sentido recuerda GALLEGO CÓRCOLES, que “la relación entre corrupción y contratación no es, en absoluto, reciente. Uno de los objetivos de nuestra legislación histórica sobre contratación pública es, precisamente evitar la corrupción. Así se refleja especialmente en el Preámbulo del Real Decreto de 27 de febrero de 1852 que comenzaba advirtiendo que «que se presentó (...) el proyecto de ley sobre contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia (...)”¹⁵⁴.

¹⁵³ Los sindicatos de trabajadores y las organizaciones empresariales son importantes pilares dentro del Estado social y democrático de Derecho al ocupar un papel de organismos básicos en el sistema político [STC 11/1981 (Ponente: DÍEZ PICAZO, L.)]; pudiéndose calificar a dichas asociaciones como de relevancia constitucional [STC 20/1985 (Ponente: GÓMEZ-FERRER MORANT, R.)].

¹⁵⁴ GALLEGO CÓRCOLES, I., “La prevención de la corrupción en la contratación pública”, *Públic Compliance: Prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos* (coord. NIETO

De otro lado, la incorporación de los partidos políticos al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector público resulta coherente tanto por su posición dentro del sistema constitucional como por las actuales exigencias sociales que requieren una mayor transparencia y control en todos los ámbitos de actuación de las fuerzas políticas, especialmente en su financiación y en su actividad contractual¹⁵⁵.

MARTÍN, A., MAROTO CALATAYUD, M.) Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 61.

¹⁵⁵ El artículo 3 la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LT), incluye a los partidos políticos dentro de su ámbito subjetivo, si bien no se trata de una aplicación completa de la Ley, al limitarse únicamente a la publicidad activa (Capítulo II de la Ley). Debe resaltarse, además, que el Proyecto de Ley de transparencia no incluía inicialmente a los partidos políticos como entidades sujetas a la norma, sino que el citado artículo 3 fue añadido durante la tramitación parlamentaria de la Ley, a consecuencia de la presión social generada por el estallido de los casos de corrupción política.

Sorprende, desde luego, la reticencia primaria del legislador a incluir a los partidos políticos dentro del marco de la LT, cuando la transparencia en relación con las formaciones políticas ya se planteaba como una necesidad y preocupación en la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de asociación política. La exposición de motivos de dicha norma preconstitucional rezaba que "la transparencia y máxima limpieza en lo que se refiere al régimen económico patrimonial de las asociaciones políticas con el fin de evitar, en defensa de la sociedad, del Estado y de la propia libertad de asociación, que se desvirtúen sus auténticos objetivos políticos, y que sean convertidos en meros instrumentos de grupos económicos o sirvan a finalidades ideológicas-políticas que se escapen a la voluntad y a los intereses de la comunidad política española".

En tal sentido, la Ley Orgánica de control de la actividad económica-financiera de de los partidos políticos (en adelante, LOCAEPP) ¹⁵⁶ modifica por lo que ahora interesa, la Ley de Financiación de los Partidos Políticos (en adelante, LOFPP), añadiendo una disposición adicional duodécima que lleva por rúbrica "régimen de contratación de los partidos políticos", en la que vincula la actividad contractual de los partidos políticos a los principios generales de la contratación pública, al disponer que "los procedimientos de contratación de los partidos políticos deberán ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación".

En relación con el ámbito subjetivo de la LT señala PINTOS SANTIAGO, J., "La transparencia de los contratos administrativos en la nueva Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Aletheia: Cuadernos críticos del Derecho*, número 1, 2013, p. 37, que " desde el ámbito subjetivo hubiera sido deseable y necesario la inclusión de los poderes adjudicadores a los que hace referencia el artículo 3.3 b) del TRLCSP", de modo que "lo correcto hubiera sido una completa equiparación de este ámbito subjetivo con el ámbito subjetivo del TRLCSP, de forma que se hubieran incluido todos aquellos entes que según el TRLCSP pueden celebrar contratos públicos" (PINTOS SANTIAGO, J., "La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa. Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, número 126, 2013, p. 58

¹⁵⁶ Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (BOE de 31 de marzo de 2015).

Esto es, las modificaciones producidas en la LOFPP dan un paso más sobre el control de la actividad contractual de los partidos políticos, pero sin incluirlos expresamente dentro del ámbito de aplicación en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), por más que la LOFPP obligue a las fuerzas políticas a ajustar sus procedimientos de contratación a unos principios generales de contratación pública.

De hecho, como decíamos con anterioridad, una de las novedades del Anteproyecto es precisamente la inclusión de los partidos políticos en el ámbito de aplicación de la Ley.

En efecto, el artículo 3.4 ALCSP¹⁵⁷ incorpora a los partidos políticos en el ámbito subjetivo de la norma únicamente en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, y siempre que las formaciones políticas cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el artículo 3.3 d) del

¹⁵⁷ El artículo 3.4 ALCSP dispone que “quedan incluidos dentro del ámbito subjetivo de esta Ley, los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cualquiera de las entidades citadas anteriormente cumpla los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, siéndoles de aplicación respecto a los mismos la regulación establecida en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley”.

propio Anteproyecto, que recoge, en definitiva, la definición comunitaria de «organismo de derecho público»¹⁵⁸.

Así, el artículo 3.3 d) establece que “se considerarán poderes adjudicadores a efectos de esta Ley “todos las demás entidades con personalidad jurídica propia (...) que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”

En este momento, podemos señalar que del artículo 3.4 del Anteproyecto, se desprenden, *prima facie*, dos ideas fundamentales. La primera de ellas es que los partidos políticos estarían sujetos a Ley únicamente cuando cumplan los requisitos que permitan calificarlos como organismos de derecho público en el sentido comunitario y, por tanto, no en todos los casos. En otras palabras, podrían existir formaciones políticas que no estén sujetas a la norma¹⁵⁹. Y, en segundo lugar, que en todo

¹⁵⁸ Artículo 1.4 de 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 (de literalidad similar artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE).

¹⁵⁹ Por el contrario, el artículo 3 LT dispone únicamente que “las disposiciones del capítulo II de este título serán también aplicables a los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales”. Esto es, se refiere a todos los partidos políticos, sin que éstos tengan que cumplir ulteriores requisitos, produciéndose, por

caso no se trataría de una vinculación completa, pues el propio artículo 3.4 ALCSP limita la aplicación normativa a los contratos sujetos a regulación armonizada.

1 El artículo 3.4 del Anteproyecto.

Dicho lo anterior, la sujeción de los partidos políticos a la Ley de contratos públicos dependerá del cumplimiento de los tres requisitos acumulativos que prevé el artículo 3.4 del Anteproyecto¹⁶⁰.

lo tanto, una diferencia sustancial con lo establecido en el artículo 3.4 del ALCSP.

¹⁶⁰ El artículo 1.4 de la Directiva 2014/24/UE señala claramente que la calificación de organismo de derecho público requiere que se cumplan las tres condiciones señaladas en el precepto. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) señala que dicho concepto se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE (Sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, asunto C-214/00, apartado 52), de manera que un organismo que no cumpla alguno de los requisitos no podrá ser calificado como organismo de derecho público y, por tanto, como entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva (Sentencia del TJUE de 22 de mayo 2003, *Korhonen* y otros, asunto C-18/01, apartado 33), y sin que el estatuto de derecho privado de una entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de las Directivas (Sentencia del TJUE de 15 de mayo 2003, *Comisión/España*, asunto C-214/00, apartado 55).

A) Personalidad jurídica propia.

Comienza el artículo 3.4 ALCSP precisando el sujeto que incorpora a su ámbito de aplicación por remisión al artículo 1 LOFPP, de tal forma, que debemos entender que, en principio, estarán sujetos a la norma sobre contratos públicos, no sólo los partidos políticos en sentido estricto, sino también las federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores¹⁶¹.

¹⁶¹ El artículo 1 LOFPP dispone que "la financiación de los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores se ajustará a lo dispuesto en la presente Ley Orgánica. A los efectos de esta Ley la expresión «partido político» comprenderá, en su caso, al conjunto de entidades mencionadas anteriormente".

En nuestro Derecho, ni la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (en adelante, LOPP), ni la LOFPP contienen una definición concreta de partido político. De hecho, únicamente podríamos decir que el artículo 6 de la Constitución contiene una definición funcional de los partidos. En este sentido, señala BASTIDA FREIJEDO, F. J., "La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados. La falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos", *Derecho de Partidos*, (coord. GONZÁLEZ ENCINAR, J. J.), Espasa Universidad, Madrid, p. 70, que "si se ahonda todavía más, se podrá comprobar que el concepto jurídico de partido, como en general el de «sujeto de derecho», expresa un haz de conductas jurídicamente relevantes realizadas por las asociaciones con fines políticos, pero que no son todas las que éstos desarrollan, e incluso pudieran recibir el calificativo jurídico de partido agrupaciones que, llevando tales conductas, socialmente no son objeto de esa adjetivación. La cuestión sobre la naturaleza jurídica de los partidos se torna, así, en la de la naturaleza jurídica de las funciones de los partidos, por ejemplo, las electorales o las de integración política, son adoptadas por el legislador como forma de la definición jurídica de partido".

En efecto, como señala PÉREZ-MONEO AGAPITO, M., *La selección de candidatos electorales en los partidos políticos*, Centro de Estudios

El artículo 3.4 LOPP establece que los partidos políticos adquieren la personalidad jurídica con la inscripción en el Registro de Partidos¹⁶².

Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 23, "si bien la participación en las elecciones puede resultar suficiente para identificar a un partido político y diferenciarlo, por ejemplo, de los grupos de presión que serían instituciones que quieren ejercer influencia política pero que no presentan candidatos electorales, se plantea otro reto al aplicarla sobre nuestro ordenamiento jurídico, ya que al menos dos tipos de entidades distintas están legitimadas para concurrir electoralmente: los partidos políticos y las agrupaciones de electores".

En tal sentido podemos decir que ambos sujetos realizan la misma función electoral, diferenciándose la agrupación de electores del partido político por la ausencia de una organización estable y permanente en el tiempo, pero compartiendo con él los fines que persiguen, que no son otros que alcanzar el poder por medio de las elecciones.

¹⁶² La gestión del Registro de los Partidos Políticos es una competencia atribuida a la Dirección General de Política Interior, de acuerdo con el artículo 9.3 letra f) del Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio del Interior.

Respecto del Registro de Partidos Políticos, el Tribunal Constitucional en la STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 5 (Ponente: LATORRE SEGURA, A.), señaló que es un Registro "cuyo encargado no tiene más funciones que las de verificación reglada, es decir, le compete exclusivamente comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materia objeto del Registro y si reúne los requisitos formales necesarios. La verificación ha de hacerse al presentarse la documentación, que es cuando se inicia el expediente. Si se encontrasen defectos formales, estos deben comunicarse a los solicitantes señalando en forma concreta cuáles son y en qué plazo han de subsanarse sin que pueda la Administración señalar tales defectos pasado el plazo de veinte días en que ha de proceder a la inscripción,

Para ello, deberán presentar en el Registro el acta fundacional suscrita por sus promotores, junto con aquellos documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos señalados en la LOPP. Una vez presentada toda la documentación necesaria en el Registro, el Ministerio del Interior, en el plazo de veinte días procede a practicar la inscripción del partido político. La inscripción es, por tanto, constitutiva¹⁶³. En tal sentido, el artículo 4.3 LOPP dispone que transcurridos los citados veinte días "se entenderá producida la inscripción, que confiere la personalidad jurídica, hace pública la constitución y los estatutos

plazo que es preclusivo, pues a su expiración el partido adquiere la personalidad jurídica «*ex lege*»"

¹⁶³ La jurisprudencia menor a su vez, ha ratificado que la personalidad jurídica se adquiere con la inscripción. Así, la SAP Sevilla de 4 de julio de 2003 (Sección 5ª), recurso de apelación 759/2001, FJ 2 (Ponente: GALLARDO CORREA, C.), afirma que "solo tienen personalidad jurídica los que se inscriban como tales en el Registro de Partidos Políticos". Los hechos que dan lugar a esta Sentencia son los siguientes. Los actores solicitan ante el Juzgado de Primera Instancia la nulidad del congreso celebrado por el Partido Popular de Alcalá de Guadaíra, que es desestimado por falta de legitimación pasiva de la entidad demandada. Interpuesto recurso ante la Audiencia Provincial de Sevilla, el Tribunal confirma la Sentencia apelada, basando su decisión en que lo que los apelantes denominan Partido Popular de Alcalá de Guadaíra, "no es un partido político dotado de personalidad jurídica propia en tanto en cuanto no se encuentra inscrito como tal, sino que es una entidad carente de personalidad jurídica que ha surgido en el seno y forma parte de un partido político, el Partido Popular".

De igual forma, la disolución del partido político causa efectos desde su anotación en el Registro de Partidos Políticos, previa notificación del propio partido o del órgano que decreta la disolución, según se establece en el artículo 10.1 LOPP.

del mismo, vincula a los poderes públicos, y es garantía tanto para los terceros que se relacionan con el partido como para sus propios miembros”¹⁶⁴.

¹⁶⁴ En la actualidad, constan en el Registro una multitud de partidos políticos *abstencionistas o durmientes*, esto es, formaciones políticas que no participan activamente en la vida política. Esta circunstancia puede deberse al hecho de que la LOPP no establece como causa de extinción del partido político la no concurrencia a las elecciones de forma reiterada. En cambio, el artículo 7.1 d) de la derogada Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de asociación política, establecía como causa de extinción del partido político y de cancelación de los asientos registrales, la no concurrencia a dos elecciones sucesivas con carácter general. A este respecto, afirmaba DE OTTO PARDO, I. “Defensa de la Constitución...op. cit. p.660 y 673, que “quizá el rigor del precepto fuese criticable (el artículo 7.1 d) Ley 21/1976), pero en todo caso, era huella de una concepción del registro como testimonio de la realidad que ha desaparecido por completo en el régimen vigente. La consecuencia es que el Registro constan centenares de partidos que en modo alguno lo son en el sentido real del término (...), pero no en el sentido politológico, esto es, asociaciones de ciudadanos que quieren hacer política o influir en ella participando en la contienda electoral”.

No obstante, la disposición transitoria primera de la LOCAEPP establece que los partidos inscritos en el Registro deberán adaptar sus estatutos al contenido mínimo que regula el nuevo artículo 3.2 LOPP tras la modificación operada por la LOCAEPP.

Así, la disposición transitoria primera de la LOCAEPP, en su apartado primero establece que “los partidos políticos inscritos en el Registro deberán adaptar sus estatutos al contenido mínimo previsto en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, en la primera reunión que celebren, tras la entrada en vigor de esta ley, sus órganos que tengan la competencia para llevar a cabo tal modificación. Una vez efectuada la adaptación estatutaria, habrán de comunicárselo al Registro de partidos políticos, al que facilitarán el

La LOPP no se pronuncia de forma expresa sobre la personalidad jurídica de las otras entidades señaladas en el artículo 1 LOFPP, esto es, las federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores, pero debe entenderse, al igual que con los partidos políticos en sentido estricto, que adquieren la personalidad jurídica con el acceso al Registro.

A este respecto, puede decirse que la federación de partidos es una unión de dos o más partidos políticos de carácter estable. Esto es, tiene una organización común a todos los partidos que constituyen la federación, y su horizonte de vida no se limita a la concurrencia de una concreta cita electoral. En la medida en que las federaciones de partidos políticos acceden al Registro de Partidos Políticos, podemos afirmar que gozan de personalidad jurídica propia. Sin embargo, no acaece lo mismo con las otras dos entidades restantes. Así, las coaliciones de partidos políticos

certificado correspondiente y los nuevos estatutos. Transcurridos en todo caso tres años desde la entrada en vigor de esta ley sin que se haya producido dicha adaptación y comunicación al Registro, se pondrá en marcha el procedimiento previsto en el artículo 12 bis de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos". Añade, a continuación, en el segundo apartado que "asimismo, y en ese mismo plazo, si los estatutos ya se ajustan al contenido previsto en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, los partidos deberán comunicar al Registro que no es necesaria su modificación por ajustarse a la misma".

Con esta medida, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LOCAEPP, "se facilitará la depuración del registro de partidos, en el que figuran inscritos varios miles, en una gran mayoría inactivos".

no son más que unión temporal de varias fuerzas políticas para concurrir juntas a un proceso electoral concreto¹⁶⁵.

Esto es, las coaliciones electorales se constituyen específicamente para unas determinadas elecciones y existen como tales hasta que finaliza el mandato del órgano representativo a cuya formación concurrieron, salvo ruptura o disolución de la coalición¹⁶⁶. Debido a este carácter temporal de las coaliciones, no acceden al Registro de Partidos Políticos y, por lo tanto, no tienen personalidad jurídica propia.

De otro lado, podemos decir que las agrupaciones de electores son una unión temporal de personas que se constituye con el único objetivo de presentar una candidatura a unas elecciones concretas, sin que dicha unión suponga la creación de una

¹⁶⁵ Debe señalarse que no es posible la constitución de coaliciones de agrupaciones de electores (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 28 de marzo de 1983). Asimismo, "las agrupaciones de electores no pueden constituir pactos federativos, ya que cada una es independiente y distinta de las demás (...) Su ámbito propio es, por tanto, la circunscripción (en el caso de las elecciones locales, el municipio), no siendo posible la constitución de federaciones de aquellas, pues de ser así se estaría abriendo una vía anómala de creación de partidos o asociaciones políticas, al margen de la legislación vigente en la materia (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 20 de abril de 1999).

¹⁶⁶ Así lo entiende la Junta Electoral Central en Acuerdo de 13 de marzo de 1997. Además, podemos señalar que para la constitución de la coalición electoral no resulta necesario documento notarial, sino que "basta la comunicación en forma y plazo a la Junta Electoral competente" (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 12 de marzo de 2003).

formación política en sentido estricto¹⁶⁷. Por ello, podemos decir que las agrupaciones de electores no gozan de personalidad jurídica plena¹⁶⁸.

En definitiva, pese a que el artículo 3.4 del Anteproyecto se refiere indirectamente a partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores, únicamente los dos primeros gozan de personalidad jurídica propia, cumpliendo, por tanto, el primero de los requisitos señalados en el artículo 3.3 d) ALCSP¹⁶⁹.

¹⁶⁷ El Tribunal Constitucional, en la STC 16/1983, de 10 de marzo, FJ 3 (Ponente: AROZAMENA SIERRA, J.), considera que la agrupación de electores "por su propio carácter tiene la vida constreñida al concreto proceso electoral, sin que se genere una asociación política".

¹⁶⁸ En este sentido, el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 26 de noviembre de 1990 establece que la agrupación de electores queda formalmente constituida con la presentación de la candidatura ante la Administración Electoral. Además, afirma en este mismo Acuerdo que "la personalidad jurídica de la agrupación de electores se entiende a los solos efectos de promover una candidatura para un proceso electoral y actos subsiguientes, si bien en orden al cumplimiento de la normativa electoral y en particular las reglas sobre ingresos y gastos, han de instar de la correspondiente Delegación de Hacienda, la obtención del NIF". Podemos decir, por tanto, que tienen una personalidad jurídica muy restringida, lo que aproxima la personalidad jurídica de las agrupaciones de electores a una mera *factio iuris*

¹⁶⁹ Señala la Sentencia del TJUE de 27 febrero de 2003, *Adolf Truley*, asunto 373/00, apartado 34, que "la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil es un requisito necesario, pero no suficiente, para calificar a un organismo determinado de «organismo de Derecho público» y, por lo tanto, de «entidad adjudicadora», en el sentido de la Directiva 93/36. En efecto, para estar comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva,

B) Creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Como adelantamos anteriormente, los partidos políticos “forman parte esencial de la arquitectura constitucional y realizan funciones de una importancia constitucional primaria”¹⁷⁰, en cuanto participan de forma principal en la formación y manifestación de la voluntad popular y facilitan la participación política de los ciudadanos, funciones que, sin duda, permiten afirmar que los partidos nacen para satisfacer necesidades de interés general¹⁷¹.

ese organismo debe también estar dotado *de personalidad jurídica y, por su forma de financiación, de gestión o de control, depender estrechamente del Estado, de los entes públicos territoriales o de otros organismos de Derecho público*” (cursiva mía).

¹⁷⁰ Exposición de Motivos de la LOPP.

¹⁷¹ Sin ánimo de incidir nuevamente en la importancia de los partidos en el sistema constitucional, las funciones que realizan los partidos son, sin ningún género de dudas, de interés general. Así, los partidos “traducen las demandas sociales en programas de gobierno” (GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de Partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 75), y “presentan candidaturas a los procesos electorales, adoptando un papel decisivo en los mismos y posibilitando la expresión del sufragio” (PÉREZ-MONEO AGAPITO, M., “La disolución de... op. cit. P. 74). En definitiva, como afirma ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Representación política y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p.109, “los partidos políticos han subvenido así, a necesidades técnicas y principales; han operado como imprescindible mecanismo reductor de complejidad para transformar en manejables magnitudes que inicialmente no lo son; y han posibilitado a través del encuadramiento de electores y elegidos la

De otro lado, el artículo 6 LOFPP establece que “los partidos políticos no podrán desarrollar actividades de carácter mercantil de ninguna naturaleza”, si bien no se consideran como tales las actividades propias del partido que a las que hace referencia el propio artículo 2.2 b) LOFPP¹⁷². Este artículo 2.2 b) LOFPP recoge, como una de las formas de financiación privada de los partidos, los ingresos económicos que generan tanto las actividades promocionales y propias del partido como los rendimientos que genere su propio patrimonio y los que puedan obtenerse de los servicios que puedan prestar en relación con sus fines específicos.

La LOFPP no califica a estas actividades como mercantiles¹⁷³, sino que son una fuente más de financiación privada del partido

representatividad democrática como reflejo y como proceso. En definitiva, la representación política democrática no sería posible sin la acción de unos partidos que actualizan el potencial participativo presente en el colectivo”.

¹⁷² Si bien, señala el artículo 6.2 LOFPP que “no se reputarán actividades mercantiles las actividades propias a que se refiere la letra b) del apartado dos, artículo 2”, esto, es “los productos de las actividades propias del partido así como de aquellas, reflejadas en la documentación contable y sometidas al control del Tribunal de Cuentas, que se vengán desarrollando tradicionalmente en sus sedes y faciliten el contacto y la interacción con los ciudadanos; los rendimientos procedentes de la gestión de su propio patrimonio; los beneficios procedentes de sus actividades promocionales y los que puedan obtenerse de los servicios que puedan prestar en relación con sus fines específicos” (artículo 2.2 b) LOFPP).

¹⁷³ No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, ante la falta de definición de las Directivas acerca de qué es una necesidad de carácter industrial o mercantil, el TJUE entiende que “si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y

político, y no desvirtúa, por tanto, la razón de ser de los partidos políticos como sujetos “siempre al servicio de la formación y expresión de la voluntad popular”¹⁷⁴.

Aunque el partido político no es una organización destinada a la consecución de beneficio económico, hay determinadas actividades propias del partido que le reportan ingresos dinerarios. Salvo los rendimientos procedentes de la gestión del patrimonio del partido, en el que resulta más difícil apreciar la conexión entre los recursos que se proporcionan y la esencia del partido político¹⁷⁵, el resto de actividades que recoge el artículo

soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil” (Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2003, *Korhonen* y otros, asunto C-18/01, apartado 51).

¹⁷⁴ STC 6/2004, de 16 de enero, FJ 4 (Ponente: CACHÓN VILLAR, P. B.). Afirma el Alto Tribunal que “los partidos políticos son realidades complejas en las que concurren elementos asociativos cualificados por el ejercicio de funciones de relevancia pública, siempre al servicio de la formación y expresión de la voluntad popular, y por ello a medio camino entre el poder público y la asociación privada”.

¹⁷⁵ Generalmente, los rendimientos procedentes del patrimonio de los partidos políticos se circunscriben de forma principal a ingresos financieros y al arrendamiento de locales. En este sentido, el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las aportaciones percibidas por las fundaciones y asociaciones vinculadas, ejercicio 2012, p. 263, señala que “Las formaciones políticas *Eusko Alkartasuna* (EA) y Partido Nacionalista Vasco (PNV) mantienen participaciones en diversas sociedades mercantiles, en el ejercicio fiscalizado, en la práctica generalidad por el total del capital social, cuya actividad principal consiste en la tenencia y administración de bienes inmuebles vinculados al desarrollo de actividades propias del partido y explotación de servicios de hostelería (...) No obstante, teniendo en cuenta que el artículo 6.1 de la Ley

2.2 b) LOFPP cumplen de una doble función. De un lado captan ingresos que permiten satisfacer las necesidades económicas de la formación y de otra parte cumplen, generalmente, una labor propagandística y de movilización del electorado¹⁷⁶.

Orgánica 8/2007 sobre financiación de los partidos políticos dispone la prohibición para los partidos políticos de desarrollar actividades de carácter mercantil de cualquier naturaleza, los partidos deberán revisar las participaciones existentes en dichas sociedades a fin de circunscribir su participación a aquellas sociedades para las que se considere imprescindible que su gestión se lleve de forma diferenciada para una mayor eficacia en el servicio prestado, preferentemente, a los afiliados, adheridos y simpatizantes, debido a las características específicas del entorno en el que actúa el partido y dentro del marco de sus fines específicos, *siempre que dicha gestión no esté sometida a la obtención de lucro y no se menoscabe la transparencia y el control de la actividad económico financiera de los partidos políticos*" (cursiva mía).

¹⁷⁶ Así, sin ánimo exhaustivo, estas actividades serían, de un lado, aquellas que fomentan la interacción del ciudadano con el partido de una forma más individual, como la venta de publicaciones en general y de artículos promocionales, y de otro lado, las que permiten además la relación entre los distintos miembros y simpatizantes de las formaciones políticas como las celebraciones conmemorativas, las fiestas anuales de los partidos, las cenas de Navidad, y la realización de jornadas con afiliados y simpatizantes. De otro lado, estarían ciertas actividades de diversa índole o clasificación como la venta de lotería (Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de lo estados contables de los partidos políticos y de las donaciones percibidas por las fundaciones vinculadas orgánicamente. Ejercicios 2009, 2010 y 2011, pp. 154, 176 y 269).

C) Que un poder adjudicador financie mayoritariamente su actividad; controle su gestión; o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

El tercero de los requisitos que señala el artículo 3.3 d) del Anteproyecto es de carácter alternativo de tal forma que será necesario que bien un poder adjudicador financie mayoritariamente su actividad, o controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Esto es, cualquiera de las tres opciones supone una influencia dominante del poder público sobre el organismo adjudicador. En nuestro caso, de los criterios alternativos que recoge el tercero de los requisitos, la influencia del poder público sobre los partidos políticos sólo puede venir del lado de la financiación por obvias razones de independencia en un Estado democrático.

La financiación pública de los partidos políticos proviene de varias fuentes que recoge el artículo 2.1 LOFPP, vía subvenciones tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. Estas fuentes de financiación pública de los partidos serían, siguiendo el artículo 2.1 LOFPP, en primer lugar, las subvenciones electorales; en segundo lugar, las subvenciones para gastos de funcionamiento de los partidos; la tercera fuente de financiación pública procede de las subvenciones extraordinarias en casos de referéndum; y finalmente, la cuarta vía de recursos públicos tiene como origen las aportaciones que reciben los partidos políticos de los grupos políticos con los que se identifican ideológicamente.

La sujeción del partido político a las reglas contractuales públicas dependerá, de acuerdo con el artículo 3.3 d) ALCSP cuando la financiación pública sea mayoritaria, entendiéndose por aquella la que “supone más de la mitad”¹⁷⁷.

Mientras que los anteriores requisitos los cumplen todos los partidos políticos, al ser la inscripción en el Registro constitutiva de la formación, y la satisfacción del interés general consustancial al nacimiento del partido político, no ocurre lo mismo con el último de los requisitos señalados por el artículo 3.3 d) del Anteproyecto. En efecto, no todos los partidos políticos reciben financiación pública y, en su caso, no necesariamente tendría que ser mayoritaria.

Así, como ya avanzamos, la inclusión en el ámbito subjetivo de la norma sobre contratos públicos no afecta a todos los partidos políticos sino únicamente a aquellos que tienen una financiación

¹⁷⁷ Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, asunto C-380/98, apartado 30. En el supuesto de hecho de la Sentencia, entendía la Universidad de Cambridge que la preponderancia de los medios financieros públicos sucedía únicamente cuando tales medios representaban tres cuartas partes de la financiación total, a lo que responde el Tribunal señalando que no cabe admitir tal interpretación no sólo porque no tiene apoyo alguno en las Directivas, “pasa por alto el significado usual del término «mayoritariamente», que, en lenguaje corriente, quiere decir siempre «más de la mitad»”.

De otro lado, en el apartado 21 de la Sentencia se recalca que “sólo podrán calificarse de financiación pública aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de qué se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica”.

mayoritariamente pública¹⁷⁸. No obstante, puede decirse que, como norma general, los partidos políticos activos en la vida pública suelen tener representación política, por lo que acceden a financiación a cargo del Estado siendo esta habitualmente mayoritaria¹⁷⁹.

En definitiva, solo los partidos que reciban una financiación pública mayoritaria reúnen los tres requisitos enunciados en el artículo 3.3 d) del Anteproyecto pueden ser considerados

¹⁷⁸ En relación con lo partidos que reciben financiación pública, el artículo 16.2 LOFPP señala que “el Tribunal de Cuentas fiscalizará en todo caso las cuentas relativas a los partidos que perciban algún tipo de subvención pública (...) añadiendo que “respecto al resto de los partidos políticos el Tribunal de Cuentas realizará las actuaciones fiscalizadoras que considere oportunas conforme se establezca en sus planes de actuación”.

¹⁷⁹ La financiación pública de los partidos con representación parlamentaria es totalmente mayoritaria. Si acudimos al Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las aportaciones percibidas por las fundaciones y asociaciones vinculadas orgánicamente, ejercicio 2013, p. 20, observamos que la financiación pública supera con creces a la privada. Así, *ad exemplum*, y computando únicamente las subvenciones para funcionamiento (esto es, la financiación ordinaria, excluyendo la electoral): el *Partido Popular* (PP) obtuvo 75.920.088,36 € de ingresos públicos frente a 18.339.797,54 € de ingresos privados; mientras que el *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE), incluyendo al *Partit dels Socialistes de Catalunya* (PSC), obtuvo 56.483.813,98 € de ingresos públicos frente a 21.997.552,38 € de ingresos privados, lo que suponen en ambos casos una financiación pública muy superior al 50% (entre el 80% en el PP y algo superior al 70% en el caso PSOE).

poderes adjudicadores y, por ende, resulta de aplicación la norma sobre contratos públicos¹⁸⁰.

Y así parece razonable que sea, no sólo porque donde hay fondos públicos debe existir un correlativo control público sino además por sus especiales funciones que los sitúan, en términos del Tribunal Constitucional, a medio camino entre el poder público y la asociación privada. En conclusión, manejan fondos públicos y tienen una situación privilegiada dentro de la organización constitucional del Estado que nos permite afirmar la premisa fundamental de que los partidos políticos no pueden en sus relaciones contractuales con terceros comportarse como cualquier sujeto privado. Sin olvidar, además, que la sujeción a la norma sobre contratos públicos supone un instrumento más para lograr el objetivo de erradicar la corrupción política tan presente en nuestros días.

¹⁸⁰ En el mismo sentido, en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, del Consejo General del Poder Judicial, de 11 de junio de 2015, p. 33, se afirma que "indudablemente, en este caso, la condición que justifica esta aplicación de la norma de contratos del sector público es la existencia de financiación pública para estas entidades (se refiere, a los partidos políticos) puesto que reúnen los otros dos primeros requisitos (que tengan personalidad jurídica propia, hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil)".

De otro lado, señala el Informe que la inclusión de los partidos políticos, así como de las organizaciones sindicales y empresariales y fundaciones y asociaciones vinculadas a los mismos, no vendría impuesta por la Directiva 2014/24/UE aunque tampoco impedida (p. 34).

2) Los partidos políticos y la Directiva 2014/24/UE.

El Anteproyecto incorpora expresamente a los partidos políticos dentro del ámbito de aplicación de la norma, siempre que las formaciones políticas cumplan los requisitos que permitan calificarlos como poderes adjudicadores de acuerdo con el propio artículo 3.3 d) ALCSP. De este modo, el Anteproyecto viene a reconocer expresamente la aplicación de la norma a los partidos políticos, si bien podría afirmarse que los partidos políticos ya se encontrarían sujetos al vigente TRLCSP si realizásemos una interpretación *secundum directivam comunitariam*¹⁸¹.

¹⁸¹ Señala GIMENO FELIU, J. M., "Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador", *Cuadernos de derecho local*, número 12, 2006, p. 52, que "las propias directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*". De tal forma que podemos afirmar que "una vez en vigor las nuevas Directivas en materia de contratación pública, pero antes de transcurrir el plazo de su trasposición, lógicamente las Directivas no pueden aplicarse directamente, pero sin embargo sí cabe (de hecho resulta obligada), la interpretación de las normas en materia de contratación teniendo en cuenta su contenido, lo que encuentra su fundamento último en la necesidad de preservar el efecto útil del derecho de la Unión, que se rige en sus relaciones con los ordenamientos nacionales, por el principio de primacía (...) desde esta perspectiva puede afirmarse que las previsiones de las Directivas de contratación pública, durante el plazo de transposición y hasta que esta sea efectiva, deben desplegar, cuando menos, un efecto interpretativo que preserve el efecto útil de la nueva regulación. Se trataría, en definitiva, de un deber jurídico de abstención, a realizar interpretaciones que puedan comprometer gravemente el éxito de las Directivas ya en vigor" (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 11 de mayo de 2016, resolución número 88/2016, p. 10).

Así, aunque el considerando 29 de la Directiva 2014/24/UE (en adelante, la Directiva) señala que “es conveniente recordar que la presente Directiva solo se aplica a los poderes adjudicadores de Estados miembros”, señala a continuación que “por consiguiente, los partidos políticos en general no están sometidos a sus disposiciones al no tratarse de poderes adjudicadores”, si bien matiza a renglón seguido que “puede darse el caso, en algunos Estados miembros, de partidos políticos que se incluyan en el concepto de organismos de Derecho público”.

Como hemos visto, los partidos políticos que reciben financiación pública cumplirían con los requisitos señalados en el artículo 3.3 d) del Anteproyecto que son, en definitiva, las condiciones definitorias de los organismos de derecho público, y que recoge

Podemos concluir, por tanto, que “desde que la directiva comunitaria es publicada o notificada a los Estados miembros produce efectos jurídicos, en primer lugar y tal y como indicaba el TJCE en la jurisprudencia *Kolpinguis*, las autoridades nacionales deben interpretar su Derecho nacional a la luz de la directiva comunitaria, en segundo lugar, los Estados deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la directiva comunitaria (BELLIDO BARRIONUEVO, M., “La eficacia interpretativa de la directiva comunitaria durante el periodo de trasposición: el efecto anticipado de la directiva en conexión con el efecto bloqueo”, *Cuadernos de derecho público*, número 24, 2005, p. 173. Finalmente, MORENO MOLINA, J. A., PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2008, p. 64 nos recuerdan que la jurisprudencia comunitaria establece que corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme a las exigencias del Derecho comunitario (Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, *Van Munster*, asunto C-165/1991, apartado 34, y de 26 de septiembre, *Engelbrecht*, asunto C-262-1997, apartado 39).

igualmente el artículo 3.3 b) del vigente TRLCS. Esto es, los partidos que tienen representación reúnen los tres requisitos subjetivo funcionales que exige la jurisprudencia comunitaria para considerar a un ente poder adjudicador¹⁸².

A mayor abundamiento, el considerando 29 de la Directiva, añade también que "determinados servicios (como películas de propaganda y producciones de vídeo) están tan inextricablemente relacionados con las opiniones políticas del proveedor del servicio cuando se prestan en el contexto de una campaña electoral que sus proveedores se seleccionan habitualmente de un modo al que no se pueden aplicar disposiciones sobre contratación pública". En el mismo sentido, el artículo 10 j) de la Directiva establece que la Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de "servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando son adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral"¹⁸³. De modo que, a *sensu contrario*, parece que la Directiva señala que el resto de contratos que pueda celebrar el partido político

¹⁸² Situación similar que acaece con otras entidades, como las federaciones deportivas, que no aparecen expresamente en el TRLCSP pero que de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria pueden considerarse poderes adjudicadores, al reunir los requisitos para ser calificados como organismos de derecho público. En este sentido, MORENO MOLINA, J. A., "La sujeción de las federaciones deportivas a la Ley de Contratos del Sector Público" *Revista Aranzadi de derecho del deporte y entretenimiento*, número 27, 2009, p. 58.

¹⁸³ De acuerdo con el Reglamento (CE) 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, se trataría de los servicios de campañas de publicidad (79341400-0), de producción de películas de propaganda (92111230-3) y de videocintas de propaganda (92111240-6),

estarían sujetos a la Directiva, aún cuando nos encontremos en periodo de campaña electoral¹⁸⁴.

La exclusión de estos contratos relacionados con las campañas electorales se recoge en el artículo 10.6 del Anteproyecto, que reproduce literalmente, el citado artículo 10 j) de la Directiva¹⁸⁵. La Directiva justifica la exclusión de estos servicios de propaganda política porque parece evidente que para la satisfacción del fin que justifica el contrato resulta necesario una cierta identificación de sensibilidades políticas entre quien contrata el servicio y quien lo proporciona¹⁸⁶.

¹⁸⁴ De acuerdo con el artículo 50.3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) "se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios", tiene una duración de 15 días (artículo 51.2 LOREG), pues comienza el día trigésimo octavo posterior a la convocatoria de elecciones (artículo 51.1 LOREG) y "termina, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación" (artículo 51.3 LOREG).

¹⁸⁵ Dispone el artículo 10.6 ALCSP que "los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando sean adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral".

¹⁸⁶ No obstante, la resolución de 9 de abril de 2013 (BOE 11 de mayo de 2013), aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de Fiscalización de la contabilidad de las Elecciones a Cortes Generales, celebradas el 20 de noviembre de 2011, en su apartado 9, insta a los partidos políticos a "promover el principio de concurrencia de empresas en el

Sin embargo, tanto la Directiva como el Anteproyecto limitan la exclusión de estos servicios a la campaña electoral, de tal forma que consideran que fuera del periodo electoral, o no se producen películas de propaganda o que no es necesaria una cierta conexión ideológica entre el proveedor del servicio y el partido político. Esta situación puede plantear problemas, por ejemplo, con ocasión de la celebración de referéndum, en el que la participación de los partidos políticos resulta fundamental¹⁸⁷, aunque no estemos en presencia de una campaña electoral sino de propaganda¹⁸⁸.

procedimiento de contratación y adjudicación de gastos electorales, evitando la concentración en un único proveedor”.

¹⁸⁷ El Tribunal Constitucional considera que, incluso en los mecanismos propios de la democracia directa, la participación de los partidos políticos resulta fundamental. Así, en la Sentencia 63/1987, de 20 de mayo, Fundamento Jurídico 5.º (Ponente: TRUYOL SERRA, A.), afirma el Tribunal Constitucional que en las consultas populares previstas en la Constitución *«habrán de hacerse presentes, sin duda, los partidos y, en general, las agrupaciones políticas, mas no como titulares del derecho mismo a la participación, sino en lo que a los partidos políticos se refiere, como instrumentos fundamentales que son para hacerla posible, concurriendo, como la Constitución quiere, a la formación y manifestación de la voluntad popular»*.(cursiva mía).

¹⁸⁸ Así lleva por rúbrica la Sección Segunda de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre la regulación de las distintas modalidades de referéndum (artículo 14 y 15). De hecho, el artículo 14 dispone que “durante la campaña de propaganda los medios de difusión de titularidad pública deberán conceder espacios gratuitos. Sólo tendrán derecho al uso de espacios gratuitos los Grupos políticos con representación en las Cortes Generales, de acuerdo con los siguientes criterios (...)”.

IV. LOS PARTIDOS POLÍTICOS CELEBRAN CONTRATOS PRIVADOS.

El Anteproyecto, al igual que el TRLCSP, mantiene la distinción clásica en nuestro Derecho, aunque desconocida en la normativa comunitaria, entre contratos administrativos y contratos privados¹⁸⁹. En el Anteproyecto, al igual que en el TRLCSP, la figura jurídica del contrato administrativo se reserva en exclusiva aquellos celebrados por una Administración Pública, con las salvedades previstas en el artículo 25 ALCSP¹⁹⁰, de tal

¹⁸⁹ Dispone el artículo 18 TRLCSP que “los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado”, mientras que el Anteproyecto se refiere a “régimen jurídico” en el artículo 24 ALCSP al establecer que “los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado”.

¹⁹⁰ Tienen carácter administrativo, siempre que se celebren por una Administración Pública, los contratos de obra, concesión de servicios, suministros y servicios [artículo 25.1 a)], y los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquéllos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella [artículo 25.1 b)]. No obstante, tendrán carácter privado, aunque los celebre una Administración Pública, “los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV (...) y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV (...)” [artículo 25.1 a) 1º] y “aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos” [artículo 25.1 a) 2º].

forma que por lo que a nosotros interesa, los partidos políticos únicamente celebrarán contratos privados¹⁹¹.

El Anteproyecto recupera la teoría de los actos separables, de tal modo que los contratos privados se encuentran sometidos a las disposiciones del Anteproyecto en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato mientras que sus efectos y extinción se rigen por el Derecho privado. De conformidad con esta dualidad de regímenes, los actos dictados por la entidad en cuanto a la preparación y adjudicación de estos contratos son actos administrativos separables, sometidos, por tanto, a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que, adjudicado y celebrado el contrato, las controversias que surjan entre las partes en torno a su cumplimiento, ejecución, interpretación o extinción corresponden al orden jurisdiccional civil¹⁹².

En nuestro caso, al ser los partidos políticos un poder adjudicador que no es Administración Pública, la jurisdicción contencioso-administrativa, sólo va a conocer de los actos de preparación y adjudicación del contrato cuando estén sujetos a regulación armonizada (*actos separables*), y previa interposición del recurso administrativo especial que regula el artículo 44 ALCSP, de modo que es la resolución administrativa que

¹⁹¹ El artículo 20.1 TRLCS “tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas”, y de forma similar, el artículo 26.1 b) ALCSP, “tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas”.

¹⁹² Informe sobre el Anteproyecto de Ley... op. cit. p. 41.

resuelve dicho recurso la que es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁹³.

V. CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA.

El artículo 3.4 *in fine* del Anteproyecto limita la inclusión de los partidos políticos al ámbito subjetivo de la Ley, expresamente a los contratos sujetos a regulación armonizada, disponiendo el propio precepto, que será de aplicación a dichos contratos la regulación establecida en el Título I del Libro Tercero, que dedica el Anteproyecto al régimen de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública.

De acuerdo con el artículo 19.1 ALCSP¹⁹⁴ son contratos sujetos a regulación armonizada los contratos de obras, los de concesión de obras, los de concesión de servicios, los de suministro, y los de servicios, siempre que se celebren por un poder adjudicador, cuyo valor estimado supere cuantías señaladas en los siguientes artículos del Anteproyecto (por ejemplo, para los contratos de

¹⁹³ Mientras que el artículo 40.6 TRLCSP configura el recurso especial con carácter potestativo, en el Anteproyecto tiene carácter obligatorio al disponer el artículo 44.5 ALCSP que "la previa interposición del recurso especial en materia de contratación será requisito imprescindible para interponer recurso contencioso administrativo".

¹⁹⁴ También están sujetos a regulación armonizada los contratos subvencionados a los que se refiere el artículo 23 ALCSP.

obras, de concesión de obras y de concesión de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.186.000 euros)¹⁹⁵.

La sujeción de los partidos políticos a la norma sobre contratos públicos, se limitaría, en principio, a aquellos sujetos a regulación armonizada, que como se observa supone unas cuantías de los contratos elevadas en relación con la actividad contractual que puedan celebrar los partidos políticos, por lo que se desvirtúa, en cierto modo, la incorporación al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

No obstante, según la jurisprudencia comunitaria, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario¹⁹⁶, en especial, la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado¹⁹⁷.

A mayor abundamiento, la disposición adicional decimotercera, apartado primero, de la LOFPP dispone que los procedimientos de contratación de los partidos políticos se inspirarán en a los

¹⁹⁵ Artículo 20.1 ALCSP.

¹⁹⁶ Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria Verlags y Telefonadress*, asunto C-324/98, apartados 60 y 61.

¹⁹⁷ MORENO MOLINA, J. A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 19.

principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente¹⁹⁸. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, propone que “toda vez que de dicho primer párrafo (se refiere al artículo 3.4 ALCSP) pudiera desprenderse que únicamente los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por los partidos, que cumplan los requisitos para ser poder adjudicador quedan sometidos a la ley, quedando completamente al margen los demás, se propone la introducción de un segundo párrafo para recoger lo que establece hoy la legislación vigente”, esto es, la citada disposición adicional decimotercera, apartado primero, de la LOFPP¹⁹⁹.

¹⁹⁸ El apartado segundo de dicha disposición adicional recoge la obligación de aprobar unas instrucciones internas de contratación, en conexión con lo establecido el artículo 192 TRLCSP, aunque el Anteproyecto suprime su carácter obligatorio. Así, el apartado segundo de la disposición adicional decimotercera de la LOFPP señala que “el partido político deberá aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el apartado anterior y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en la página web del partido político”.

¹⁹⁹ Informe 8/2015, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, asunto: Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, p. 6.

BIBLIOGRAFÍA.

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ARNALDO CUBILLAS, E., ABELLÁN MATESANZ, I. S., "Sobre la presentación y proclamación de candidaturas", *Revista Española de Derecho Político*, número 117, 2002.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Representación política y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

BASTIDA FREIJEDO, F. J., "La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados. La falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos", *Derecho de Partidos*, (coord. GONZÁLEZ ENCINAR, J. J.), Espasa Universidad, Madrid, 1992.

BELLIDO BARRIONUEVO, M., "La eficacia interpretativa de la directiva comunitaria durante el periodo de trasposición: el efecto anticipado de la directiva en conexión con el efecto bloqueo", *Cuadernos de derecho público*, número 24, 2005.

CARRERAS SERRA, F., "Los partidos políticos en nuestra democracia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 70, 2004.

DE OTTO PARDO, I., "Defensa de la Constitución y partidos políticos", *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2010.

FERNÁNDEZ VIVAS, Y., *Igualdad y partidos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2004.

GALLEGO CÓRCOLES, I., "La prevención de la corrupción en la contratación pública", *Públic Compliance: Prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos* (coord. NIETO MARTÍN, A., MAROTO CALATAYUD, M.,) Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014.

GARCÍA GUERRERO, J. L., "Algunas cuestiones sobre la constitucionalización de los partidos políticos", *Revista de Estudios Políticos*, número 70, 1990.

GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de Partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

GIL CASTELLANO, J., "La financiación de los partidos políticos: estado de la cuestión", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, número 36, 2001.

GIMENO FELIU, J. M., "Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador", *Cuadernos de derecho local*, número 12, 2006.

GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., "Constitución y partidos políticos: el caso de España", *Tendencias contemporáneas del derecho electoral en el mundo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México Distrito Federal, 1993.

HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, J., "Partidos políticos, Estado y Derecho: de la hostilidad a la teoría", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, número 19, 2002.

HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, J., "La constitucionalización de los partidos en España", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, número 23, 2006.

JIMÉNEZ CAMPO, J., "Sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos", *Revista de Derecho Político*, número 26, 1988.

KELSEN, H.; *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1977.

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

MORENO MOLINA, J. A., PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2008.

MORENO MOLINA, J. A., "La sujeción de las federaciones deportivas a la Ley de Contratos del Sector Público" *Revista Aranzadi de derecho del deporte y entretenimiento*, número 27, 2009.

PÉREZ-MONEO AGAPITO, M., *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

PÉREZ-MONEO AGAPITO, M., *La selección de candidatos electorales en los partidos políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

PINTOS SANTIAGO, J., "La transparencia de los contratos administrativos en la nueva Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Aletheia: Cuadernos críticos del Derecho*, número 1, 2013.

PINTOS SANTIAGO, J., "La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa. Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, número 126, 2013.

PRESNO LINERA, M.A., "Pluralismo de partidos, no separación de poderes", *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, número 5, 2009.

RAMÍREZ, M., "Los partidos políticos en la Constitución Española de 1978", *Revista de Estudios Políticos*, número 13, 1980.

RUBIO LLORENTE, F., "El Parlamento y la representación política", *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución Española)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

SÁNCHEZ FERRO, S., "El complejo régimen jurídico aplicable a los partidos políticos tras la aparición de la Ley Orgánica de partidos políticos de 27 de junio de 2002

SCHMITH, C., *Sobre el Parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990.

“HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA: SOLUCIONES EN EL DERECHO ALEMÁN”

Carlos-M^a. Rodríguez Sánchez

Técnico Superior de la Administración de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha

Texto finalizado el 14 de abril de 2016

SUMARIO

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

***II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CONTRIBUCIONES
DOCTRINALES.***

***III.- LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS INFRACCIONES
ADMINISTRATIVAS.***

A) LA “ABSEHEN VON STRAFE”.

B) LA DESPENALIZACIÓN FORMAL.

***IV.- EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
ALEMÁN. UNA PANORÁMICA GENERAL DE LA “GESETZ
ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN” (OWIG).***

- A) ÁMBITO DE APLICACIÓN. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**
- B) CONCEPTO DE INFRACCIÓN. FORMAS DE COMISIÓN. SANCIONES.**
- C) EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.**
- D) REGLAS SOBRE PRESCRIPCIÓN.**
- E) LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.**

PALABRAS CLAVE: Potestad sancionadora; derecho alemán; contravención; infracción administrativa; Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.

KEY WORDS: Penalty power; German law; contravention; administrative offence; Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.

RESUMEN:

En el presente artículo se aborda un estudio histórico sobre la evolución de la potestad sancionadora administrativa en Alemania, donde las denominadas "contravenciones" han alcanzado una sustantividad propia en la denominada "*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*", abreviada como OWiG, cuya redacción vigente pretende sistematizarse también en este trabajo. El modelo alemán y el estudio de sus previsiones legales parecen dignos de tenerse en cuenta en un país como España, carente de una norma que regule la teoría general de la potestad sancionadora administrativa y donde, por tanto, dicha teoría general tendrá que seguir construyéndose jurisprudencialmente, con la dificultad e inseguridad jurídica

que, de forma previsible, provocará la generalización de soluciones que tienen como fundamento el caso concreto.

ABSTRACT: SUMMARY:

In this paper a historical study on the evolution of sanctioning administrative power in Germany, where the so-called "violations" have reached a substantivity itself in the so-called "Gesetz über Ordnungswidrigkeiten", abbreviated OWiG addressed, the current wording intended also systematized in this work. The German model and study its legal provisions seem worthy to be taken into account in a country like Spain, lacking a rule governing the general theory of sanctioning administrative power and where, therefore, that general theory will have to continue to build jurisprudencialmente with the difficulties and legal uncertainty, predictably, will lead to the generalization of solutions that are based the case.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Es nuestro propósito en el presente artículo realizar un breve esbozo de las características del derecho administrativo sancionador alemán que, por haber logrado la más completa sistematización en la teoría general de la infracción administrativa, aporta soluciones muy originales y novedosas a esa labor, todavía por culminar en España, de sistematización del derecho sancionador que, entre nosotros, ha tenido que irse construyendo con soluciones jurisprudenciales y, por tanto, con la inseguridad jurídica que la decisión del caso concreto proporciona al aplicador del derecho, quien busca siempre soluciones más firmes y, por ende, ajenas a la coyuntura.

En la doctrina francesa, FRANCK MODERNE, ha distinguido, al estudiar los regímenes sancionadores del derecho comparado en las democracias occidentales, tres grandes modelos:

- En primer lugar, los Estados que han mantenido una tradición firme de sanción administrativa hasta nuestros días, entre los que incluye a Austria y Suiza.
- En segundo término, los que han instaurado un sistema de represión administrativa residual, entre los que sitúa a los países del *common law* y a la propia Francia.
- En último término, aquellos que han reasignado un cierto poder represivo a la Administración, sea como consecuencia de concepciones políticas autoritarias (entre los que incluye a España y Portugal), sea bajo el impacto político de la despenalización, como Alemania o Italia²⁰⁰.

El sistema de sanciones administrativas en Alemania es, en efecto, fuertemente tributario del proceso despenalizador acometido a partir de la caída del nazismo, tras finalizar la Segunda Guerra Mundial. Pero, aceptada esta premisa de origen y, con independencia de las discusiones doctrinales de los juristas alemanes, puede decirse que la "contravención", equivalente a nuestra infracción administrativa, ha logrado una sustantividad propia y unos perfiles definidos a partir de la denominada *GESETZ ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN*

²⁰⁰ MODERNE, F: "*Sanctions administratives et Justice constitutionnelle*". Paris, 1993. Págs. 5-35.

(abreviada como OWiG), que analizaremos con detenimiento²⁰¹. Se trata es una Ley Federal, aplicable a todos los Estados federados alemanes, en la que se recogen y dan respuesta a la mayor parte de las dudas doctrinales que en nuestro país han hecho verter ríos de tinta a los eruditos en la materia, sin que se haya llegado todavía a un consenso sobre las respuestas más idóneas a los singulares problemas sancionadores con que se enfrentan cada día los múltiples funcionarios que instruyen procedimientos administrativos sancionadores.

El estudio del derecho sancionador administrativo en países de nuestro entorno pone de manifiesto que, en el ámbito normativo, ninguna tradición es sagrada; que absolutamente ningún principio, incluso el más acendrado en la mentalidad colectiva, resulta inamovible. La realidad y las concretas preocupaciones de cada momento van modelando las instituciones jurídicas que, partiendo de sus perfiles tradicionales, acaban asimilándose en muchos casos para dar respuesta a coyunturas históricas comunes.

En esta línea cuando, con carácter general, indagamos sobre la naturaleza de la potestad sancionadora en los Estados modernos, tres afirmaciones parecen incuestionables. La primera es que la facultad de castigar las infracciones mediante la imposición de sanciones ha de ser una potestad exclusivamente pública (que conocemos como *ius puniendi*),

²⁰¹ “En general, la doctrina entiende que las contravenciones pertenecen al ámbito penal; algunos autores afirman que son delitos de bagatela diferenciados de los tipos contenidos en el derecho penal nuclear por la decisión legislativa de ordenar una acción en uno u otro ámbito y, fundamentalmente, porque la sanción impuesta sólo puede ser una multa dineraria aplicada por la propia administración...”. SARRABAYROUSE, E.C. “El sistema alemán de las contravenciones”. Pág.24.

felizmente superados los sistemas de venganza privada. En segundo lugar, resulta asimismo innegable que tal facultad comporta una labor material de enjuiciamiento, mediante la cual se consuma la aplicación de una norma (la norma sancionadora) a un sujeto concreto, para tomar la decisión final de si procede o no imponer la sanción, a la vista de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes. Y, por último, y a resultas de lo anterior, puede aceptarse también el hecho de que la potestad de sancionar tiene su natural ubicación en el seno del poder judicial, cuyos órganos son los específicamente concebidos para las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

A partir de aquí ya todo se vuelve discutible. El hecho de que una potestad sea de naturaleza judicial no prejuzga la exclusividad del poder judicial para asumirla. Cuando el artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978 proclama el principio de exclusividad, lo hace en relación con los procesos, pero no impide la existencia de procedimientos administrativos cuyo objeto pueda ser también la emisión de un juicio. Y aquí dos opciones parecen legítimas: desde los que, como PARADA VÁZQUEZ²⁰², consideran que por la innegable naturaleza jurisdiccional que tiene la imposición de sanciones, lo ideal sería residenciarla en exclusiva en el poder judicial – que es el único que ostenta las garantías adecuadas de imparcialidad e independencia para asegurar la regularidad de tal imposición–, hasta los que sostienen la necesidad de que también pueda ejercer esta potestad el poder ejecutivo, a través de la Administración Pública.

²⁰² PARADA VÁZQUEZ, R: “*Derecho Administrativo*”. Vol. 1. Marcial Pons, 1999. Págs. 492 y ss.

Al examinar la legislación vigente de ordenamientos jurídicos comparados de nuestro entorno europeo, llegamos a la conclusión de que la exclusividad sancionadora judicial se ha convertido en una entelequia y que, renunciando a una interpretación purista del principio de separación de poderes, ha tenido que aceptarse – siquiera resignadamente en muchos casos – la atribución de una potestad sancionadora a la administración por razones puramente prácticas, incluso en aquellos sistemas, como el anglosajón, en que prima la fórmula del *common law*²⁰³.

Siendo ello así en los sistemas de *common law*, no podía ocurrir de otro modo en los diversos modelos del derecho continental, en los que se acepta con normalidad la existencia de un derecho administrativo. Si la doctrina francesa, defensora tradicional del monopolio judicial en la imposición de sanciones, afirmaba en 1959, a través de MARCEL WALINE, que “...la práctica de las sanciones administrativas es bastante grave porque contribuye, con las sanciones fiscales, a la creación y al desarrollo ... de lo que puede llamarse un pseudo-derecho penal...”²⁰⁴, esta crítica ha rebajado notoriamente su tono desde que la constitucionalidad de las sanciones administrativas se proclamara con taxatividad por el Consejo Constitucional francés en el considerando sexto de su Decisión de 28 de julio de 1989, en virtud de la cual:

²⁰³ Remito a las consideraciones que al respecto hice en mi artículo “Una lección de pragmatismo: el derecho administrativo sancionador del Reino Unido”, publicado en el nº 5 de esta misma Revista. Págs. 123-141.

²⁰⁴ WALINE, M: “*Traité de droit administratif*”. Sirey, París. 8ª ed., 1959. Pág. 512.

“... le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis”²⁰⁵.

En cuanto a la doctrina alemana, MERKL ya observaba en 1927 que las sanciones administrativas constituyen la mayor intromisión imaginable en la esfera de la justicia y, en consecuencia, la más evidente quiebra del principio de separación de poderes²⁰⁶. Pero lo importante es que esta quiebra se ha acabado produciendo por las mismas razones de imposibilidad judicial en la asunción del monopolio sancionador en el Estado social: poco importa si ello se ha logrado por la despenalización de los denominados *Bagatelle Delikte* (en el caso alemán), por la simple continuidad de un sistema tradicional que acepta y refuerza su convicción en la eficacia de las sanciones administrativas (como en Austria o Suiza) o, en

²⁰⁵ El principio de separación de poderes, al igual que cualquier otro principio o regla de valor constitucional no es obstáculo al hecho de que una autoridad administrativa, actuando en el marco de prerrogativas de poder público, pueda ejercer un poder de sanción, desde el momento en que, por una parte, la sanción susceptible de infligirse excluye toda forma de privación de libertad y, por otra parte, en tanto el ejercicio del poder de sanción está rodeado por la ley de medidas destinadas a salvaguardar los derechos y libertades constitucionalmente garantizados.

²⁰⁶ MERKL, A.: *“Teoría General del Derecho Administrativo”*. Ed. Nacional, México, 1980, pp. 347 y ss.

fin, por la extensión de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, como en opinión de FERNÁNDEZ TORRES, ha ocurrido en Francia²⁰⁷.

II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CONTRIBUCIONES DOCTRINALES.

A principios del siglo XIX, la actual Alemania no era sino un mosaico de Estados con diferentes realidades jurídicas y normativas. Esta circunstancia presagiaba dificultades para conseguir la homogeneidad que exigía el naciente estado, que se fundó el 18 de enero de 1871, con la denominación de Segundo Imperio²⁰⁸ de base federal, en cuyo seno acabaron integrándose Estados con realidades legislativas muy diferentes, entre los que destacaban Prusia, Baviera o Sajonia. La unidad se logró, no obstante, gracias a la proliferación de unas bien fundamentadas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales, con las que pudo conjurarse el problema de pluralidad ordinamental en los distintos *Länder*.

En el ámbito del derecho administrativo, si bien el parágrafo 182 de la Constitución de Francfort de 1849 – que no tuvo vigencia

²⁰⁷ FERNANDEZ TORRES, J.R: “*La potestad sancionadora en el Derecho comparado. Francia (I)*”. Documentación Administrativa, nº 283. Madrid, 2009. Pág. 13.

²⁰⁸ El Primer Imperio se constituyó formalmente el 28 de marzo de 1849 por la Constitución de Francfort de 1849. La resistencia de los príncipes alemanes – particularmente del reino de Prusia – impidió su constitución “de facto” en términos políticos. El único logro de esta época fue la creación de la denominada “*Flota del Reich*”.

práctica – ya había previsto el control jurisdiccional de la Administración²⁰⁹, al constituirse el *Deutsches Reich* en 1871, no fue la Federación sino cada uno de los veinticinco Estados federados que la integraban, los competentes en materia de jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, como explica IBLER, “...no era de esperar la emergencia de un Derecho administrativo uniforme imperial, al contrario de lo que sucedía con el Derecho civil y penal”. Sin embargo, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia se convirtió – por sus bien fundamentadas resoluciones – en modelo para los tribunales análogos de otros Estados, de modo que se fueron asentando principios jurisprudenciales comunes a pesar de las diferencias legislativas²¹⁰.

En el ámbito del derecho penal – donde, al igual que en Francia, podemos rastrear el origen de las infracciones administrativas – la homogeneidad hay que imputarla al surgimiento de una dogmática penal que ha convertido a los juristas alemanes en los incuestionables constructores de la más completa teoría del delito y, por ende, de la infracción.

Una de las primeras inquietudes fue la del deslinde entre las infracciones penales y las puramente administrativas, sobre la

²⁰⁹ Hasta entonces, las decisiones administrativas eran controladas solamente por la autoridad superior. Desde 1863 en adelante, el debate que se suscitó fue el de si la Administración debía ser controlada por jueces ordinarios (civiles o penales) o por una jurisdicción especializada. Esta última sería la opción que acabara imponiéndose en casi todos los Estados federados alemanes.

²¹⁰ IBLER, M: “*Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania*”. En Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 50/51, Págs. 6 y 7. Valencia, 2006.

base de diferencias cualitativas entre unas y otras. Así, FEUERBACH, inspirador el Código Penal Bávaro de 1813, bajo el influjo de la Ilustración y el iusnaturalismo, ya afirmaba que el objeto de protección del derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los del Estado²¹¹. Sobre esta inicial premisa distinguió el delito natural – que sería un ataque a los derechos subjetivos individuales y, como tal, una acción moralmente reprochable en todo tiempo y lugar – de los llamados delitos de policía – de creación estatal, moralmente neutrales, variables en función de los criterios político-sociales imperantes de cada momento²¹². Aunque esta teoría fue cuestionada al final de su vida por el propio Feuerbach²¹³, autores como KÖSTLIN intentaron mantenerla con algún matiz, al entender que los delitos tienen un objeto que es *“en sí y por sí injusto”*, mientras que las infracciones de policía tienen por objeto *“lo peligroso”*.

A finales del siglo XIX, la doctrina alemana se encontraba todavía anclada en la teoría del Derecho Penal de Policía, con una naturaleza eminentemente preventiva, frente al Derecho

²¹¹ FEUERBACH, P.J.A.: *“Tratado de derecho penal común vigente en Alemania”*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi. Buenos Aires, 1989. Pág. 65.

²¹² RODRÍGUEZ, L.: *“Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”*. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XI, 1987. Pág. 117.

²¹³ FEUERBACH, P. J. cit. CORDERO QUINZACARA, E: *“El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”*. Rev. derecho (Valdivia), dic. 2012, vol. .25, nº.2. Págs..131-157. *“¿Qué es lo que puede quedar en cuanto libertad civil y garantía de los derechos en un Estado, donde no son los tribunales, sino funcionarios de policía los que pueden condenar a los ciudadanos a penas de multa de hasta quinientos florines, a la pérdida de su industria ... a prisión?... la respuesta se encuentra en la pregunta”*.

criminal, referido a la lesión del derecho. De ahí la división tripartita que, desde el Código penal Bávaro de 1813, se mantuvo en el Código Penal Imperial de 1871, herencia a su vez de la codificación francesa²¹⁴, en la que se distinguen los “crímenes” (*Verbrechen*), sancionados con pena de muerte, reclusión o arresto en fortaleza por más de cinco años; “delitos” (*Vergehen*), sancionados con pena de arresto en fortaleza hasta cinco años o multa superior a 150 marcos; y “contravenciones” (*Uebertretungen*), sancionadas con pena de arresto hasta de 15 días o multa de hasta 150 marcos. Respecto de estas últimas, como señala el profesor NIETO, se abrió un tímido camino a la regulación administrativa, en tanto que la norma penal en blanco debía ser complementada con los correspondientes reglamentos de policía²¹⁵.

Desde el punto de vista procesal, tampoco tuvo éxito la pretensión de establecer un procedimiento inquisitorial para las contravenciones porque la Ordenanza Procesal Penal del Reich de 1 de febrero de 1877 consagró un proceso judicial común para todas las acciones punibles, si bien con especialidades en el caso de aquéllas. Pero también en este caso se abrió la posibilidad de evitar en determinados supuestos el proceso penal con la conformidad en vía administrativa de determinadas decisiones preliminares de carácter administrativo de naturaleza sancionatoria.

²¹⁴ FERNÁNDEZ MADRAZO, A: “*Derecho Penal: teoría del delito*”. 1ª ed. México, D.F. 1997. Págs 5 a 8.

²¹⁵ NIETO, A: “*Derecho administrativo sancionador*”. 3ª ed. Tecnos, 2002. Pág. 196.

El gran teórico del reconocimiento de la potestad administrativa sancionadora con carácter autónomo respecto de las contravenciones es, sin embargo, JAMES PAUL GOLDSCHMIDT, quien en el marco del *Sozialstaat*, como modelo de superación del Estado liberal, distinguió dos tipos de deberes cuyo incumplimiento podía llevar aparejada sanción: los que tiene el hombre como individuo, y aquellos que se le imponen como miembro de una comunidad. Los primeros se tutelan por el juez penal; los segundos, por la Administración Pública. Frente a los autores precedentes, que centraban el injusto en la lesión o puesta en peligro en los derechos, se consolida ahora el concepto del bien jurídico protegido²¹⁶, que puede ser individual o colectivo y, con él, la denominación de derecho penal administrativo para las conductas atentatorias contra estos últimos. Los bienes jurídicos individuales se identificarían así con los que el propio autor califica de bienes jurídicos primarios (que serían los que se lesionan o ponen en peligro en los delitos clásicos contra la vida, la integridad o la libertad del individuo) y el resto formarían parte de los bienes jurídicos secundarios, concebidos para la protección de aquéllos²¹⁷.

²¹⁶ En realidad, el concepto de bien jurídico proviene ya de BIRBAUM que, en 1834 utiliza por primera vez la expresión alemana “gut”, como el objeto protegido de la norma penal. Véase: CASTRO CUENCA, C.G.: “Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva”. *Dikaion*, Nº 15. Chía, noviembre de 2006. Pág. 204.

²¹⁷ CORDERO QUINZACARA, E: “Op. Cit”. “No obstante lo anterior, nuestro autor reconoce que esta separación no es absoluta, sino relativa, pues bien puede ocurrir que una infracción administrativa se convierta en delito, como consecuencia de elevar a la forma de bien jurídico determinados bienes públicos, para mantener el orden jurídico”.

Con independencia de que GOLDSCHMIDT relativice su propia clasificación, al reconocer la posibilidad de que una infracción administrativa se convierta en delito elevando de categoría determinados bienes jurídicos para mantener el orden público, lo importante es que, en su teoría, cabe la existencia de una “*pena administrativa*” como potestad originaria de la Administración con perfiles propios de la sanción penal. Esta propuesta no consiguió, sin embargo, suscitar apoyos dogmáticos relevantes y, a pesar de los intentos de ERIK WOLF por darle fundamentos filosóficos sólidos, puede considerarse definitivamente superada a finales de la década de los años 30 del siglo pasado²¹⁸.

A partir de aquí, y hasta nuestros días, triunfarán las denominadas tesis formalistas de la infracción, que renuncian a ver diferencias sustanciales entre crímenes, delitos y contravenciones, para centrar la distinción en una mera cuestión de grado en la sanción que comportan. El gran exponente de esta teoría es ADOLF MERKL, quien desde una simple constatación histórica y de derecho comparado, evidencia la relatividad de la distinción entre infracción penal y administrativa para concluir que la configuración entre una y otra es una exclusiva decisión del legislador²¹⁹.

²¹⁸ CORDERO QUINZACARA, E: “Op. Cit”. “*Es en este periodo donde encuentra un fuerte respaldo en la obra de Erik Wolf, quien reconoció el carácter penal de estas infracciones, pero puso el acento en el diverso sentido valorativo que tenían con los delitos...Así nos dirá que se trata de una pena que llama al oden de forma enérgica y vigorosa, sin contener una desaprobación en contra de su autor*”. Wolf llega a afirmar, de manera expresiva, que el autor de una contravención no es socialmente dañoso o peligroso sino únicamente un “descuidado social”.

²¹⁹ MERKL, A: “*Teoría General del Derecho Administrativo*”. Comares, Granada, 2004. Págs. 347 y ss.

III.- LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS.

Como indica el profesor NIETO, será al calor de la legislación especial, particularmente en materia económica y en época de guerra, cuando irán apareciendo auténticas infracciones y sanciones administrativas. Esta tendencia de imposición extrajudicial de sanciones se exacerbó en la época del nacionalsocialismo, en conjunción con la crisis económica que sirvió de caldo de cultivo a su propagación.

El *iter* despenalizador del que trae causa directa el vigente derecho administrativo sancionador alemán tendrá lugar tras la segunda Guerra Mundial. En este momento hay que distinguir dos corrientes complementarias para la culminación del proceso. Una, que se aborda desde el interior del derecho penal, destinada a no imponer pena a determinadas conductas tipificadas como delictivas debido a su irrelevancia. Y, por otra parte, la despenalización formal que acabó degradando a infracciones administrativas las infracciones penales más leves, excluyéndolas del propio Código Penal.

A) LA “ABSEHEN VON STRAFE”.

En cuanto a la primera de estas corrientes, hay que destacar a autores como WELZEL y, más tarde ROXIN, quienes en los años 50 y 60 del siglo pasado acuñarán la terminología de *Bagatelle Delikt*, para aludir a aquellas conductas cuya punibilidad resulta

injustificada por la escasa culpabilidad del infractor o la irrelevancia social del hecho. Se trata de una auténtica flexibilización de la rígida teoría del delito defendida por los penalistas clásicos y, por ende, de una renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, con reflejo normativo en la *Absehen von Strafe* (exclusión de la pena). Esta figura tuvo un primer antecedente en la reforma del Código Penal operada por la Ley de 28 de junio de 1935 y actualmente se regula en el parágrafo 60 del Código Penal alemán²²⁰. Permite al tribunal no imponer pena cuando ésta pudiera resultar desproporcionada, atendidas las consecuencias del hecho delictivo y con el límite de que la pena privativa de libertad prevista para la infracción supere el año de duración.

En el mismo sentido se expresa el parágrafo 153 del Código de Procedimiento Penal alemán. Cuando es objeto de procedimiento un delito menor y no exista interés público en ella, el fiscal puede dispensar de persecución con la aprobación del órgano jurisdiccional competente para conocer el proceso principal. Puede incluso prescindirse de la aprobación del tribunal cuando el delito menor no sea susceptible de una multa mínima incrementada y cuando las consecuencias de la ofensa sean mínimas.

²²⁰ Versión promulgada el 13 de noviembre de 1998. Literalmente: “*Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Dies gilt nicht, wenn der Täter für die Tat eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verwirkt hat*”.

B) LA DESPENALIZACIÓN FORMAL.

La corriente despenalizadora constituyó una reacción contra la hipertrofia penal propia del III Reich y, por otra parte, es un intento de dulcificar la precaria situación en que la segunda posguerra sumió a los ciudadanos alemanes, evitándoles agravar la postración derivada de la crisis económica subsiguiente con la imposición de penas. El primer hito relevante al respecto es la Ley de 26 de junio de 1949²²¹, para la simplificación del derecho penal en el campo de la economía, en la que se establece una primera delimitación entre los delitos y las infracciones administrativas económicas donde todavía estaban muy presentes los criterios cualitativos.

La citada Ley de 1949 consideraba así que una infracción constituye un delito económico si lesiona el interés del Estado en su integridad y el mantenimiento del orden económico en su totalidad o en singulares ámbitos, bien porque por su extensión o repercusión sea susceptible de perjudicar la capacidad de rendimiento del orden económico estatalmente protegido, bien porque el autor manifieste menosprecio por éste, en especial por haber actuado profesionalmente con codicia reprobable o por su obstinada reiteración en las infracciones. En los restantes casos, se trataría de una infracción del orden administrativo.

A esta Ley, en periodo de normalización, le sucedió una segunda, de 9 de julio de 1954, por la que se operó una segunda simplificación excluyendo, particularmente, aquellos

²²¹ Conocida como “Wirtschaftsstrafverfahrgesetz”.

delitos que tenían que ver con una economía planificada (como por ejemplo las conductas de desabastecimiento)²²².

Por otra parte, con la Ley de 25 de marzo de 1952 sobre infracciones de orden²²³, se trasladó a todo el ámbito del derecho penal la distinción entre infracciones penales y administrativas, hasta ahora vigentes de manera exclusiva en el terreno económico. La pretensión fue la de evitar el bloqueo institucional de los tribunales de justicia, congestionados con un cúmulo creciente de procesos por infracciones menores, hecho que a su vez contribuía a la trivialización y el deterioro del mismo derecho penal. Tampoco era baladí ahorrar a los ciudadanos los lentos y enojosos trámites característicos del proceso penal, así como el carácter infamante que ordinariamente acompaña a las penas²²⁴.

Las dos normas citadas – las de 1952 y 1954 – utilizan un concepto de contravención en el que todavía perviven, a juicio de CERESO MIR, intentos de delimitación cualitativa con las infracciones penales. En efecto, aunque, en principio las contravenciones se delimitan por el criterio formal de tratarse de acciones conminadas simplemente con una sanción pecuniaria

²²² No obstante, la tipificación de delitos económicos sufre procesos recurrentes de revisión, como la que tuvo lugar en el 49º Congreso de Juristas Alemanes de 1972, sobre la base del informe de KLAUS TIEDEMANN, del que se derivarían importantes leyes reformadoras.

²²³ La denominada “Ordnungswidrigkeitengesetz”.

²²⁴ NIETO, A: “*Op. Cit.*”. Pág. 197.

(*Geldbusse*)²²⁵, en caso de sanciones mixtas, el artículo 2 de la Ley de 1952 y el 6 de la Ley de 1954, establecían un conjunto de reglas de naturaleza material para que los jueces y las autoridades administrativas pudiesen deslindarlas del delito²²⁶.

La operación despenalizadora afectó después a otros sectores del ordenamiento jurídico como el derecho marítimo, la sanidad alimentaria, la circulación, el urbanismo y el medio ambiente, hasta llegar a la aprobación de la Ley general de 24 de mayo de 1968, sobre los ilícitos administrativos, denominada *GESETZ ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN* (en lo sucesivo, OWiG).

La OWiG no rompe todavía la conexión entre delitos e infracciones, tanto procesal como materialmente, pues hasta la reforma del Código Penal con la Ley de 2 de marzo de 1974 (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*) siguió vigente la clasificación tripartita de las infracciones penales. Con esta ley los ilícitos penales quedan, por tanto, reducidos a “crímenes” y “delitos”.

La OWiG fue objeto posterior de dos grandes modificaciones: la que se operó por la Ley de 2 de enero de 1975, y la que le da la Ley de 19 de febrero de 1987, de donde trae causa la redacción vigente que pasamos a comentar en las líneas que siguen.

²²⁵ En el caso de la “multa penal” se utiliza el término “*Geldstrafe*”.

²²⁶ CERREZO MIR, J: “*Límites entre Derecho penal y administrativo*”. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1975. Pág. 167.

IV.- EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ALEMÁN. UNA PANORÁMICA GENERAL DE LA “GESETZ ÜBER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN” (OWiG)²²⁷ .

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

OWiG es la norma federal, aplicable también los *Länder*, así como a las infracciones cometidas a bordo de buques o aeronaves bajo pabellón federal (secciones 2 y 5 OWiG) en la que, con carácter global, se sistematiza toda una completa y consistente teoría general de la infracción administrativa que tiene unas evidentes influencias del derecho penal.

Constituye un auténtico hito, digno de ser imitado, en el que se procura dar respuesta a las incógnitas suscitadas en el ejercicio de la potestad sancionadora, si bien las infracciones y sanciones concretas deberán tipificarse por las leyes sustantivas, aprobadas y en vigor antes de la comisión de los hechos (principio de “*nulla poena sine lege*”, citado en alemán como “*Keine Ahndung ohne Gesetz*”, en los términos de la sección 3 OWiG).

Con el presupuesto anterior es aplicable la ley vigente en el momento de comisión de los hechos o de producción de la omisión sancionable que es, a su vez, el lugar donde deben

²²⁷ Ante lo limitado de mis conocimientos en la lengua alemana, utilizo la versión inglesa de la norma, contenida en la página oficial del Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor (BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ). http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/index.html

entenderse producidos. Es irrelevante, por tanto el momento de producción del resultado. Si los elementos fácticos son de tracto sucesivo, el régimen jurídico vendrá determinado por la ley que rija en el momento en que éstos se completen.

Las leyes que establezcan infracciones para un determinado periodo de tiempo serán aplicables a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque en el momento de imponer la sanción ésta se hubiera derogado, si bien la ley que opera la derogación puede establecer lo contrario (secciones 4, 5, 6 y 7 OWiG).

En la sección 19 OWiG se prevé el concurso de leyes, de modo que cuando un mismo acto es susceptible de ser tipificado por más de una ley, se impondrá exclusivamente la norma que prevea la multa superior. En caso de concurso de infracciones cada una de las multas se impondrá separadamente al infractor (sección 20 OWiG).

La sección 21 OWiG contempla el supuesto de que un mismo acto constituya infracción penal y administrativa. En estos casos, como es lógico, se advierte de la aplicación preferente de la norma penal, de modo que la sanción administrativa sólo cabe de no imponerse pena. No obstante es posible aplicar las *"consecuencias incidentales"* previstas por la norma administrativa (es decir, el posible comiso o destrucción de los elementos de la infracción).

La regla procesal de la prejudicialidad se encuentra en la sección 41 OWiG según la cual la autoridad administrativa ha de remitir

la causa a la oficina de persecución pública²²⁸ si existen indicios de que la infracción puede ser constitutiva de delito. Pero, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, existe también la obligación legal para dicha oficina de que, en caso de no iniciar procedimiento penal, se remita la causa de nuevo a la autoridad administrativa, con lo que se impone legalmente un deber de colaboración en estos aspectos inexistente en el derecho español, que resulta ser causa entre nosotros de no pocos supuestos de prescripción de infracciones por conflictos negativos de competencia.

B) CONCEPTO DE INFRACCIÓN. FORMAS DE COMISIÓN. SANCIONES.

B-1. Superando criterios cualitativos, la sección 1 OWiG define las infracciones administrativas como *"...acto antijurídico y reprochable que realiza el tipo penal de una ley que faculta a su castigo mediante la imposición de una multa"*.

La subsección 2ª de la anterior sección aclara que puede haber antijuridicidad incluso si no se actúa de manera reprochable. Ello, sin embargo, no significa desconocer el principio de culpabilidad, como más adelante veremos, sino la mera advertencia de que, al tratarse de un acto ilícito, es posible acordar las denominadas *"consecuencias incidentales"* a toda infracción, incluso cuando no es posible sancionar al autor de los

²²⁸ Se trata del equivalente a nuestro Ministerio Fiscal.

hechos por prescripción de las acciones o por cualquier otra causa legal que lo impida²²⁹.

La más conocida consecuencia incidental de la infracción es la denominada "Confiscación" (*Einziehung*), que se regula detalladamente en las secciones 22 y siguientes OWiG como medida que permite, si una ley expresamente lo contempla, la apropiación de los elementos u objetos que sirvieron para la comisión de la infracción o de su equivalente monetario, en el caso de que aquéllos hayan salido de la propiedad del infractor, o hubieran sido consumidos por él. Es muy importante en estos casos la aplicación de la medida bajo el "principio de proporcionalidad" (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), de modo que deben buscarse alternativas menos gravosas, como dar instrucciones al propietario para la inutilización de los objetos o para su utilización de forma legal. La confiscación se produciría exclusivamente en caso de desatenderse las citadas instrucciones.

B-2. Aparte de las modalidades típicas de acción y omisión pura, se prevé la modalidad de "comisión por omisión", denominada "*Behegen durch Unterlassen*". Para ello quien observa la omisión ha de ser legalmente responsable en la evitación del resultado, o ser dicha omisión equivalente al cumplimiento de los elementos fácticos que constituyen la infracción (sección 8 OWiG).

La regla general es que sólo se sancionen las infracciones consumadas, pero la sección 13 OWiG permite también sancionar la tentativa (*Versuch*) si así se prevé expresamente

²²⁹ Sección 27: figura denominada "*Selbständige Anordnung*".

por ley. Se define la tentativa como *“...la realización de actuaciones encaminadas directamente a la realización de los elementos fácticos de la infracción”*²³⁰. Se prevé, sin embargo, la no imposición de la sanción *“Si el responsable renuncia voluntariamente a continuar la ejecución del acto o previene su consumación...”*. Incluso aunque la consumación no se produzca como consecuencia del desistimiento del responsable, serán suficientes *“...sus voluntarios y serios esfuerzos para prevenirla...”*.

B-3. Las sanciones pecuniarias se determinan en función de un mínimo y un máximo, que pueden superar las leyes especiales, graduándose según la gravedad del ilícito y las condiciones económicas del infractor y de forma que resulte en todo caso superior a la utilidad económica que la infracción ha supuesto para el responsable.

En el caso de las personas físicas, salvo disposición legal en contrario, la sección 17 OWiG establece un mínimo de 5 euros y un máximo de 1.000 euros. La sanción máxima en caso de comisión imprudente no podrá exceder de la mitad del máximo de la sanción prevista a la infracción cometida²³¹.

²³⁰ *Eine Ordnungswidrigkeit versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Handlung zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.*

²³¹ La pena pecuniaria administrativa puede, en caso de incumplimiento, convertirse en pena de arresto. No obstante, el arresto ha de decretarlo el juez a petición de la autoridad administrativa y no puede superar las seis semanas, o los tres meses, en el supuesto de diversas penas pecuniarias aplicadas con una sola decisión de condena.

C) EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

C-1: La imputabilidad.

En coherencia con la teoría general del delito, también la infracción administrativa exige determinados presupuestos de imputabilidad o "requisitos de culpabilidad". Estos se encuentran previstos en la sección 12 OWiG.

En primer lugar, cuando el que comete el hecho infractor es menor de 14 años, los requisitos de imputación se remiten a los establecidos en la legislación de responsabilidad juvenil, concretamente a los establecidos en la primera frase de la sección 3 de la denominada "*Jugengerichtsgesetz*" (JGG). Según este precepto, la imputación sólo es posible *"...si al tiempo de cometer el acto (el menor de 14 años) ostenta un nivel de madurez moral e intelectual suficiente para entender la equivocación de su acto y conducirse a sí mismo en consonancia con tal entendimiento"*²³².

Aparte de la menor edad, la subsección 2ª de la sección 12 OWiG prevé como supuestos de inimputabilidad las oligofrenias o los desórdenes patológicos, sean de naturaleza cognitiva o emocional, que en el momento de la comisión del acto, incapacitan para comprender su ilegalidad o a actuar conforme a dicha apreciación²³³.

²³² Ein Jugendlicher ist strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

Son imputables tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Ambos tipos de responsabilidad se extienden a los terceros que actúan en su nombre, en los casos de representación legal o voluntaria (sección 9 OWiG).

Particular interés tiene la responsabilidad de las personas jurídicas, que se les aplica por el hecho propio y que, por tanto, no debe confundirse con la responsabilidad personal del que actúa en representación suya. Para que se dé esta responsabilidad, la sección 30 OWiG, exige que quien haya actuado en nombre de la entidad haya cometido una infracción *“...a resultas de la cual hayan sido violados deberes impuestos a la persona jurídica o la asociación o se haya producido o debido de producir su enriquecimiento...”*.

C-2: Formas de culpabilidad. Elementos excluyentes. Participación.

Las infracciones pueden cometerse con “dolo” (*Vorsatz*) o “imprudencia” (*Fahrlässigkeit*). Ahora bien, según la sección 10 OWiG, para la sanción de la imprudencia debe existir expresa previsión legal²³⁴.

Está previsto el error (*“Irrtum”*), tanto en su modalidad de error de tipo como en la de error de prohibición. En el primero de los

²³³ Literalmente: *“Nicht vorwerfbar handelt, wer bei Begehung der Handlung wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unerlaubte der Handlung einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln”*.

²³⁴ *Als Ordnungswidrigkeit kann nur vorsätzliches Handeln geahndet werden, außer wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Geldbuße bedroht.*

casos, se desconocen los singulares elementos fácticos de la infracción: la consecuencia es que ésta no puede sancionarse con carácter doloso, aunque sí culposo. En el segundo supuesto, se desconoce la antijuridicidad misma del comportamiento y, por tanto, debe excluirse el elemento de la culpabilidad si no fue posible evitar el error (sección 11 OWiG).

La legítima defensa (*“Notwehr”*) tiene un tratamiento mixto en la sección 15 OWiG. En las subsecciones 1ª y 2ª es un elemento excluyente de la antijuridicidad (por tanto, más que excluir la culpabilidad, convierte el acto en lícito). Para ello, es necesario que se trate de evitar un ataque inminente e ilícito contra uno mismo o un tercero.

En la subsección 3ª se prevé sin embargo una “legítima defensa incompleta”, que sí sería causa de inculpabilidad. Ésta se produce a consecuencia de la turbación, el terror o el miedo.

El estado de necesidad (*“Rechtfertigender Notstandes”*) también tiene trascendencia exculpatoria, según la sección 16 OWiG. Para ello es necesario que alguien enfrentado *“...a un daño inminente contra la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro interés legal... actúe para evitar el peligro contra él o contra un tercero...si una vez sopesado los intereses en conflicto, en particular los intereses legales afectados y el grado de daño que se causa al agente, el interés que llevó a actuar compensa sustancialmente aquél que ha sido sacrificado. Esto se aplicará, sin embargo, sólo en la medida en que la actuación resulta apropiada para evitar el peligro”*.

Se dan asimismo reglas sobre la participación (*“Beteiligung”*), entendiéndose que cada uno de los coautores ha cometido una infracción, incluso si son exclusivamente las características personales de uno de ellos las que permiten su comisión. Esta regla, obviamente, no se aplica si dichas características convierten el ilícito en infracción penal. Asimismo, el hecho de que a uno de ellos no se le pueda imponer sanción, no comporta que los demás queden exonerados de ella (sección 14 OWiG).

D) REGLAS SOBRE PRESCRIPCIÓN.

D-1: Prescripción de infracciones (*“Verfolgungsverjährung”*).

Según la sección 31 OWiG, no se puede sancionar ni ordenar consecuencias incidentales (salvo la confiscación a que anteriormente nos referimos) transcurrido el plazo de prescripción. De no establecerse nada en la ley especial, las infracciones prescriben a los tres años (en caso de una multa superior a 15.000 euros), a los dos años (si la multa excede de 2.500 euros, hasta los 15.000), al año (si la multa es superior a 1.000 euros, hasta los 2.500) y a los seis meses en el resto de los casos.

La prescripción comienza a computarse con la completa realización del hecho constitutivo de infracción, salvo que el resultado se manifieste con posterioridad, caso en que empezará a computarse en ese momento.

La prescripción se interrumpe por las causas establecidas en la sección 33 OWiG. Se trata de diversas actuaciones, judiciales o

administrativas, que tienen en común el necesario conocimiento de las mismas por el interesado (iniciación del procedimiento, examen judicial de éste o de algún testigo, declaraciones periciales etc).

En cualquier caso, toda interrupción provoca que el plazo de prescripción de la infracción comience de nuevo. Resulta, sin embargo, muy interesante la posibilidad de que, en determinados casos, no sean posibles sucesivas interrupciones. Esto ocurre, por ejemplo, en las infracciones de resultado en las que, comenzando a computarse el plazo prescriptivo con la producción de éste, se haya agotado por dos veces el plazo máximo de prescripción (subsección 3ª, segunda frase OWiG).

D-2: Prescripción de sanciones (*“Vollstreckungsverjährung”*).

Estos plazos se prevén en la sección 34 OWiG y son de cinco años (si la multa excedió de 1000 euros) y de tres años, en otro caso. Esta prescripción se interrumpe en los casos en que, por disposición legal, la ejecución no pueda ser comenzada o continuada; cuando se da una causa legal de suspensión o, en fin, cuando se acuerdan facilidades de pago (aplazamientos o fraccionamientos).

E) LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

La administrativización de las infracciones del orden puede decirse que todavía no ha llegado al campo procedimental, ya que la Administración está obligada a aplicar las reglas

generales de los correspondientes procedimientos judiciales. En efecto, la subsección 1ª de la sección 46 OWiG hace una llamada directa a aplicar "*mutatis mutandis*" las reglas sobre el procedimiento penal.

Los tribunales penales son, asimismo, competentes para el control de la actividad sancionadora administrativa, control que se ejerce de forma constante y muy relevante. En este sentido está prevista la intervención directa del juez penal en determinados y limitados casos, que igualmente es competente en casos de conexión objetiva y subjetiva, y que conoce con efecto suspensivo del juicio de oposición al decreto penal de condena.

Uno de los aspectos más llamativos que caracterizan el procedimiento administrativo alemán en la imposición de sanciones es la provisionalidad de que goza siempre la decisión administrativa, a salvo siempre del control judicial último. Por tanto, salvo que el sancionado se conforme con la sanción impuesta en vía administrativa, ésta no adquiere el rango de acto firme, hasta el punto de que, conforme a la sección 66, subsección 2ª, letra a) OWiG, la resolución administrativa sólo es ejecutiva si no se plantea contra ella recurso jurisdiccional – a diferencia de lo que establece al respecto el artículo 90.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que considera ejecutiva la sanción cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa.

Este mecanismo, sin embargo, tiene una contrapartida para el recurrente: según la sección 66, subsección 2ª, letra b) OWiG,

los tribunales penales no se encuentran vinculados a la sanción impuesta por la Administración, por lo que no rige para ellos el principio de prohibición de reformatio in peius. Por eso en dicho precepto, como requisito sustancial de la resolución administrativa sancionadora, se establece expresamente el deber de advertir que *"...en caso de recurso, se puede obtener un pronunciamiento más desfavorable para el interesado"*. Circunstancia que, sin duda, es coherente con este sistema de provisionalidad administrativa del acto y que, al mismo tiempo, se erige en un formidable argumento disuasorio a la hora de impetrar la tutela del órgano jurisdiccional competente.

BIBLIOGRAFÍA

WALINE, M: *"Traité de droit administratif"*. Sirey, París. 8ª ed., 1959.

MERKL, A.: *"Teoría General del Derecho Administrativo"*. Ed. Nacional, México, 1980.

FEUERBACH, P.J.A.: *"Tratado de derecho penal común vigente en Alemania"*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi. Buenos Aires, 1989.

MODERNE, F: *"Sanctions administratives et Justice constitutionnelle"*. Paris, 1993.

FERNÁNDEZ MADRAZO, A: *“Derecho Penal: teoría del delito”*. 1ª ed. México, D.F. 1997.

PARADA VÁZQUEZ, R: *“Derecho Administrativo”*. Marcial Pons, 1999.

NIETO, A: *“Derecho administrativo sancionador”*. 3ª ed. Tecnos, 2002.

SARRABAYROUSE, E.C: *“El sistema alemán de las contravenciones”*. Ed. “Ad-Hoc”, 1ª ed. Buenos Aires, 2011.

**“LA MESA DE LA PROFESIÓN ENFERMERA Y
LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD:
HISTORIA DE UN DESENCUENTRO ANTE LA
IMPOSIBLE APLICACIÓN DEL RD 954/2015,
DE 23 DE OCTUBRE”**

Vicente Lomas Hernández

Doctor en Derecho.
Licenciado en CC. Políticas.
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica.
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

SUMARIO:

I.- LA REGULACIÓN LEGAL DE LA DENOMINADA “PRESCRIPCIÓN ENFERMERA”. ANTESALA DEL CONFLICTO.

II.- LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO 954/2015. LA ANSIADA REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LA “PRESCRIPCIÓN ENFERMERA”. III.- EL DIVORCIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y LA “MESA DE LA PROFESIÓN ENFERMERA”. EL POSICIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD.

IV.- EL DISTINTO POSICIONAMIENTO DE LA MESA DE LA PROFESIÓN ENFERMERA.

V.- CONSECUENCIAS QUE SE PUEDEN DERIVAR PARA LA ENFERMERÍA.

Resumen:

La regulación reglamentaria de la prescripción enfermera ha generado más problemas que soluciones en un ámbito ya de por sí especialmente conflictivo. Entre estos problemas nuevos destaca las posiciones enfrentadas que mantienen de una parte los servicios públicos de salud, y de otra la "Mesa de la Profesión Enfermera" respecto a si resulta o no aplicable en el momento actual el polémico párrafo segundo del art. 3.2. del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre . A lo largo de este trabajo trataré de exponer las causas del problema, planteamientos esgrimidos por ambas partes, y las consecuencias que se podrían derivar para la enfermería.

Palabras clave: prescripción enfermera, médico, dispensación, acreditación, protocolos, prestación farmacéutica, receta y aplicación.

I.- LA REGULACIÓN LEGAL DE LA DENOMINADA "PRESCRIPCIÓN ENFERMERA". ANTESALA DE UN CONFLICTO.

El 24 de diciembre de pasado año entraba en vigor el Real Decreto 954/2015 de 23 de octubre, (en adelante RD) por el que se regula la indicación uso y autorización de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros. La denominada "*prescripción enfermera*" se recoge por vez primera en el artículo 77.1 de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios

(LGURM)²³⁵, cuyo párrafo segundo reconocía a los enfermeros la facultad para, de forma autónoma, indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica mediante las órdenes de dispensación. Así mismo, y en cuanto a los medicamentos sujetos a prescripción médica, la citada Ley encomendaba al Gobierno la regulación de la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica asistencial.

En ambos supuestos- indicación, uso y autorización de medicamentos sujetos y no sujetos a prescripción médica- la legislación básica estatal establecía, además, un requisito común, la acreditación de los enfermeros para las actuaciones previstas en el citado precepto legal, que en la actualidad se corresponde con el artículo 79.1 del vigente RD-Legislativo 1/2015, de 24 de julio. Así, a modo de ejemplo, el incumplimiento por la Administración balear de este requisito de "acreditación" supuso la anulación por STS de 26 de junio de 2015, rec. 2936/2013, del Decreto 52/2011, de 20 de mayo, por el que se regula la actuación del personal de enfermería en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público²³⁶. Por tanto el legislador estatal habilita al Gobierno de

²³⁵ Se corresponde con el vigente art. 79 de Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

²³⁶ La STSJ de Baleares de 12 de junio de 2013, nº rec 558/2011, había desestimado el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Enfermeros contra el Decreto autonómico 52/2011, por entender que

la Nación para regular la actuación de los enfermeros en materia de indicación, uso y autorización de la dispensación de medicamentos y de los productos sanitarios, si bien establece un diferente régimen según los medicamentos estén sometidos o no a tal prescripción médica.

conforme a las previsiones recogidas en el art. 77 de la LGURM, exige que el enfermero esté previamente habilitado para poder ejercer las funciones que le atribuye el Decreto en cuestión. En concreto dicha disposición autonómica faculta a los enfermeros para que puedan usar e indicar medicamentos no sujetos a prescripción médica, y por tanto la Sala considera que el reglamento no colisiona con la legislación estatal, sin que por otra parte sea preciso que la regulación de las funciones de los enfermeros en este campo deba efectuarse por disposición con rango legal, citando a modo de ejemplo el Decreto andaluz 307/2009, de 21 de julio.

La STS de 26 de junio de 2015, nº rec 2936/2013, en cambio, considera que la exigencia de este requisito de acreditación se extiende por igual tanto a los medicamentos sujetos a prescripción médica como a aquéllos que no lo están (art. 77.1 de la LGURM). Por tanto la disposición reglamentaria autonómica, al soslayar la exigencia de acreditación impuesta por la Ley estaría viciada de nulidad. El otro motivo en el que se funda el recurso es que asimismo también procedería la nulidad de dicho Decreto por cuanto somete las actuaciones autónomas de los enfermeros a unos "*protocolos*" que no se exigen en la LGURM. En este otro caso no se advierte ilegalidad alguna ya que no es suficiente con que dicha previsión no haya sido establecida previamente en una norma con rango de Ley. Es cierto que la Ley se refiere a los protocolos y guías respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, y no para los que no lo están; sin embargo lo anterior no puede impedir que, si la Consejería lo considera procedente, instaure este otro requisito con el fin de proporcionar al personal de enfermería una orientación en su nueva actuación para que conozcan el catálogo de productos sanitarios y medicamentos.

En este escenario normativo se inserta la disposición reglamentaria objeto de análisis, si bien con carácter previo a su aprobación la conocida comúnmente como prescripción enfermera ya había sido objeto de importantes contiendas judiciales en las que se escenificaron las tormentosas relaciones entre el colectivo médico y la enfermería. En efecto, pronto el colectivo médico exteriorizó su descontento con lo que consideraba una invasión de una de las competencias más sagradas de la profesión médica, la prescripción de medicamentos. Por tal motivo la Organización Médico Colegial (O.M.C.) impugnó el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre que para ellos representaba el desarrollo reglamentario de las previsiones incorporadas en el artículo 77.1 de la LGURM. En concreto sostenían que el reglamento combatido contravenía la citada disposición legal pues, bajo el subterfugio de expresiones como "*indicar*", "*ordenar*" o "*autorizar la utilización de los medicamentos*" y los "*productos sanitarios*", estaría permitiendo a los enfermeros, en contra de la citada Ley y de la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias (LOPS), que prescriban medicamentos, cuando resulta que la acción de prescribir, no sólo forma parte del contenido esencial de la profesión del médico (y del odontólogo, respecto de las enfermedades bucales y del podólogo en relación al tratamiento de los pies), sino que la propia Ley ya la habría reservado a dichos profesionales.

La STS de 3 de mayo de 2013, rec. 168/2011, que desestimó el recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, señalaba que la prescripción por el médico de medicamentos sujetos a receta médica no se veía alterada. La novedad introducida en el apartado tercero del art. 77.1 de la

LGURM radicaba en que el enfermero podría indicar el uso de medicamentos sujetos a prescripción médica, es decir tras haber sido recetados por el médico, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud (SNS). Asimismo insistía en que dicha previsión legal se encontraba aún pendiente de desarrollo, de modo que el RD 1718/2010 impugnado no era la norma a la que aludía la Ley tanto en su art. 77.1, como en su D.A. Duodécima. No obstante la Sentencia incorpora un voto particular en el que el magistrado discrepante manifestaba que tanto el art. 77 como la DA Duodécima de la LGURM, al encomendar -a través de la regulación del Gobierno- a los enfermeros atribuciones que carecen de la correspondiente equivalencia en la determinación legal de sus funciones profesionales (la LOPS no contemplaría entre las funciones de la enfermería ninguna de las actuaciones ahora discutidas), se estaría infringiendo el artículo 36.1 de la Constitución. Es decir, no se estaría respetando la reserva de ley en materia de profesión titulada para los Diplomados Universitarios en Enfermería (DUE)²³⁷.

²³⁷ La Sentencia incorpora un voto particular por entender que los artículos 1.c) y 4.3 del Real Decreto impugnado donde el Gobierno ha venido a autorizar a los enfermeros la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, a pesar de que, aparentemente, contempla exclusivamente la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica a que se refiere el párrafo segundo del artículo 77.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio. El voto particular pone de manifiesto que la situación actual compromete gravemente el principio de seguridad jurídica, por cuanto del contenido de los cuatro párrafos del artículo 77.1 y de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, redactados por la Ley 28/2009, de 30 de diciembre,, dejan la incertidumbre de si los enfermeros están

Dos años antes, la STSJ de Andalucía 7 de diciembre de 2010, rec. 1693/2009, avaló la legalidad del Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía. Dicha disposición reglamentaria fue recurrida por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas por falta de competencia de los profesionales sanitarios enfermeros para diagnosticar una enfermedad, y ello sin que previamente una norma con rango de ley les capacite y les de competencias para diagnosticar la enfermedad que pretende combatir. La Sala confirmó la legalidad de la disposición andaluza tomando como principal referencia el artículo 7 de la LOPS que delimita las competencias

facultados para autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica.

Por otra parte la Exposición de Motivos de la Ley 28/2009 menciona el artículo 7.2.a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, para justificar la intervención de los enfermeros en esa prescripción de medicamentos, pero esta norma sólo atribuye a los enfermeros la dirección, evaluación y prestación de cuidados de enfermería y la prevención de enfermedades o discapacidades. Dicho precepto legal no les confiere la realización del acto médico por excelencia de definir la enfermedad o patología mental (diagnóstico) y determinar el tratamiento a seguir. Así pues, el art. 77 y la DA Duodécima de la LGURM, al encomendar a través de la regulación del Gobierno, atribuciones a los enfermeros que carecen de la correspondiente equivalencia en la determinación legal de sus funciones profesionales, se estaría infringiendo el artículo 36.1 de la Constitución. Es decir, no se estaría respetando la reserva de ley en materia de profesión titulada para los DUE.

profesionales de los diplomados sanitarios, de modo que este Decreto no crearía ex novo competencias profesionales distintas de las previstas en el citado precepto legal, y por tanto no se estaría regulando el ejercicio de una profesión sanitaria titulada. Igualmente recuerda que resulta perfectamente factible la existencia este ámbito, sujeto a reserva de ley según lo dispuesto en el artículo 36 de la CE, de disposiciones reglamentarias siempre que no regulen la existencia de una profesión titulada, los requisitos y la titulación necesaria para su ejercicio, ni el contenido de su actividad.

II.- LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO 954/2015. LA ANSIADA REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LA “PRESCRIPCIÓN ENFERMERA”.

El anhelado desarrollo reglamentario finalmente toma cuerpo en el Real Decreto objeto de comentario, eso sí, rodeado de una fuerte polémica. La citada disposición reglamentaria, en consonancia con las previsiones legales anteriormente expuestas, se aprueba por el Gobierno al abrigo de la correspondiente habilitación legal, que condiciona la colaboración de la enfermería en la prestación farmacéutica del SNS al cumplimiento de los dos requisitos ya descritos:

- a) La elaboración y validación de protocolos y guías de práctica clínica asistencial para la indicación, uso y autorización de medicamentos sujetos a prescripción médica.

-
- b) Estar en posesión de la correspondiente acreditación emitida por el Ministerio de Sanidad (art. 2.2 y art. 3.2 del RD 954/2015, de 23 de octubre).

Respecto al primer requisito, que opera exclusivamente respecto a medicamentos de uso humano sujetos a prescripción médica, la disposición transitoria única establece que para que los enfermeros acreditados puedan desarrollar las competencias respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, se precisará también la validación previa de los correspondientes protocolos y guías de práctica clínica y asistencial por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Respecto al segundo requisito, el RD establece un período transitorio para la acreditación de las competencias profesionales de la enfermería en relación sobre indicación, uso y autorización de medicamentos (estén sujetos o no a prescripción médica) y productos sanitarios de uso humano. Únicamente los enfermeros que hasta la entrada en vigor de este RD hayan desarrollado funciones de indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano como consecuencia de la aplicación de normativa autonómica vigente sobre la materia, podrán acceder a la acreditación regulada en el capítulo IV cursando la solicitud prevista en el anexo II.

En todo caso, la norma en cuestión pivota sobre el artículo 7 de la LOPS (art. 1.1 del RD 954/2015, de 23 de octubre), que como se recordará, establece las competencias de la profesión enfermera, y entre las que habría que entender incluidas según

la referida STSJ de Andalucía de 7 de diciembre de 2010, todas las relacionadas con la colaboración en la prestación farmacéutica del SNS con exclusión, por supuesto, de la prescripción.

La aprobación de la norma desata una reacción prácticamente unánime entre los distintos sectores afectados: organizaciones sindicales, Administraciones sanitarias, organizaciones colegiales, sociedades científicas y asociaciones de profesionales. Todos ellos muestran su profundo malestar con una norma que parece cercenar las competencias de la enfermería en relación con la prestación farmacéutica. El origen del conflicto se encuentra en la redacción del párrafo segundo del artículo 3.2 del RD²³⁸ que se incorporó al articulado de la norma en el último momento, y una vez que el proyecto de ley ya había sido informado favorablemente por el Consejo de Estado. Téngase en cuenta que la ausencia de este trámite de consulta al Consejo de Estado²³⁹ supone la nulidad de pleno derecho según la doctrina jurisprudencial más clásica²⁴⁰.

²³⁸ El texto inicial aprobado en el Pleno del Consejo Interterritorial del SNS de 30 de abril de 2016, era el siguiente: "*Para el desarrollo de las actuaciones referidas en los artículos 2 y 3 , tanto el enfermero responsable de cuidados generales, como el enfermero responsable de cuidados especializados deberán ser titulares de la correspondiente acreditación emitida por la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad conforme a lo establecido en este real decreto.*"

²³⁹ Dictamen de 23 de julio de 2015.

²⁴⁰ Las SSTS de 31 de enero de 2001 -recurso 507/1998 -, 3 de junio de 2008 -recurso 79/2006 - y 29 de abril de 2009 -recurso 132/2007 - señalan, al interpretar el artículo 22.2 de la Ley Orgánica del Consejo

Dicho apartado es el siguiente:

En todo caso, para que los enfermeros acreditados puedan llevar a cabo las actuaciones contempladas en este artículo respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica, será necesario que el correspondiente profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir, validado conforme a lo establecido en el artículo 6. Será en el marco de dicha guía o protocolo en el que deberán realizarse aquellas actuaciones, las cuales serán objeto de seguimiento por parte del profesional sanitario que lo haya determinado a los efectos de su adecuación al mismo, así como de la seguridad del proceso y de la efectividad conseguida por el tratamiento. »

Llegados a este punto quisiera insistir nuevamente que tanto el requisito de la acreditación individual del enfermero

de Estado, que el hecho de que existan diferencias entre los textos remitidos a informe de los órganos consultivos y los que definitivamente aprueba el Consejo de Ministros no supone necesariamente infracción procedimental alguna, por cuanto que puede resultar consustancial y lógico con respecto al alcance formal y a la finalidad objetiva del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general que se produzcan discordancias entre el proyecto inicial y el texto definitivo. Pero también, en este punto, ha subrayado la jurisprudencia (por todas, la STS de 29 de abril de 2009 (rec. 132/2007) que debe recabarse un nuevo dictamen del Consejo de Estado si se regulasen materias no incluidas en el proyecto remitido a dictamen o su ordenación resultase sustancialmente diferente.

(imprescindible para la indicación uso y autorización de dispensación de medicamentos sujetos o no a prescripción médica), como la elaboración de protocolos y guías de práctica clínica respecto a las actividades de la enfermería relacionadas con los medicamentos sujetos a prescripción médica, ya se mencionaban en el artículo 77.1 y en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 29/2006, luego cabría preguntarse cuál es la aportación novedosa que realiza en este aspecto el Real Decreto objeto de comentario.

La novedad radica en que el enfermero no sólo deberá estar acreditado, y además que se hayan elaborado de forma consensuada los imprescindibles protocolos y guías de práctica clínica, sino que igualmente es necesario que el correspondiente profesional prescriptor haya determinado previamente el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía de práctica clínica y asistencial a seguir. En definitiva, una especie de tutela médica para controlar la actuación de la enfermería tanto en la fase inicial, como en el momento posterior, cuando se desarrolla la intervención enfermera.

Curiosamente el Decreto andaluz, que años atrás se había convertido para muchos de los detractores del reglamento estatal de 2015 en un verdadero referente normativo, lejos de reconocer la emancipación de la enfermería y la consagración de espacios independientes para el ejercicio profesional autónomo de la profesión, subordina la actividad de la enfermería a la voluntad del profesional sanitario prescriptor. El art. 4 del Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de

Andalucía, establece que corresponde al profesional de la medicina o de la odontología, que prescribe el tratamiento al paciente, autorizar, expresamente, la realización del correspondiente seguimiento protocolizado por parte de la enfermería del tratamiento farmacológico. Igualmente resulta precisa la autorización expresa del médico/odontólogo para que dicho tratamiento pueda ser modificado por una enfermera o enfermero, y todo ello conforme al protocolo establecido o autorizado por la Consejería competente en materia de salud. Las similitudes entre ambas disposiciones reglamentarias, por tanto, son más que evidentes²⁴¹.

En cualquier caso, como ya anticipaba, las reacciones al RD no se hicieron esperar: organizaciones sindicales, colegiales, administraciones sanitarias... todos ellos han manifestado de forma unánime su malestar por las graves implicaciones que desde el punto de vista práctico puede tener la aplicación del RD, amén de la inseguridad jurídica en la que se vería inmersa la enfermería.

El problema quizá sea mayor aún desde la perspectiva de la falta de seguridad jurídica, pues la disposición transitoria única, en su párrafo segundo del apartado tercero, establece que en todo caso para que los enfermeros acreditados puedan desarrollar las competencias respecto de los medicamentos sujetos a

²⁴¹ En un comunicado de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud respecto a la actuación de las enfermeras y enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, se dice textualmente que "*Según la Asesoría Jurídica dicho decreto no se contradice con el nuestro, a excepción de cuestiones formales, como son la acreditación y quién realiza los protocolos...*"

prescripción médica, será precisa la validación previa de los correspondientes protocolos/guías de práctica clínica. Si tenemos en cuenta que dichos protocolos, que recordemos devienen absolutamente necesarios para que se puedan ejercer por la enfermería este tipo de actuaciones, aún no existen, y por tanto obviamente no están validados, la situación en lo que respecta a los medicamentos sujetos a prescripción médica seguiría siendo exactamente la misma que la existente el día anterior a la entrada en vigor de este reglamento. Es decir que de poco, o mejor dicho, de nada servirá obtener de la Dirección General de Ordenación Profesional la acreditación si aún no se han aprobado los protocolos o guías que resulten precisas. No obstante éste es un aspecto que trataremos más adelante con mayor detenimiento.

III.- EL DIVORCIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y LA “MESA DE LA PROFESIÓN ENFERMERA”. EL POSICIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD.

Ese aparente e inicial idilio entre las Administraciones sanitarias autonómicas y la denominada “*Mesa de la Enfermería*” (Organización sindical SATSE y Colegio de Enfermería), unidas por la oposición común al reglamento estatal pronto se tornó en un traumático divorcio, motivado en gran medida por la infidelidad de los representantes sindicales y colegiales de la enfermería. En efecto la Mesa de la Enfermería considera que el Reglamento estatal, pese a la imposibilidad fáctica de su aplicación debido a la inexistencia de uno de los elementos esenciales como son los “*protocolos/guías de práctica clínica*”,

debe ser acatado en su integridad por las distintas CC.AA., y ello pese a que dicha Mesa ya había manifestado su total y más absoluta disconformidad con la regulación efectuada por el Estado.

Este posicionamiento se traduce, desde el punto de vista práctico, en la orquestación por parte de ambas organizaciones de toda una campaña dirigida a sembrar la confusión y el miedo entre los profesionales de la enfermería, a quienes alientan para que dejen de realizar las tareas que hasta ese momento venían realizando con total normalidad. A tal efecto se invita a los enfermeros/as a no aceptar las órdenes verbales impartidas por los médicos, se les informa que ya no podrán vacunar, utilizar o indicar determinadas pomadas, utilización de heparinas para el mantenimiento de vías periféricas o centrales...y todo ello pese a ser conscientes de las graves consecuencias que el seguimiento de estas instrucciones pueden ocasionar para los pacientes y el correcto funcionamiento del servicio público sanitario. Para conseguir tales propósitos se informa al colectivo que de proseguir con la realización de estas mismas funciones en este otro nuevo contexto normativo, incurrirían en responsabilidad penal por la comisión de un delito de intrusismo y, además, en el caso de que se produjese algún daño al paciente con ocasión o a consecuencia de la realización de este tipo de funciones, los profesionales afectados quedarían excluidos de la cobertura de la póliza de responsabilidad civil y patrimonial de la Administración.

Por último, y como parte de toda esta estrategia, se facilita a los enfermeros/as modelos de escritos dirigidos a la Dirección del centro sanitario donde presten sus servicios para solicitar que

por parte de la Dirección Gerencia y Dirección de Enfermería, se adopten las medidas oportunas para que se ajuste a la normativa vigente –por supuesto en los términos antes señalados- la actuación profesional de la enfermería en lo referido a la indicación, el uso y la autorización de dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica. En dichos escritos se incorporaba la petición de que esta circunstancia no cause al solicitante ningún perjuicio ni lo sitúe en una posición de indefensión.

En fin, los dos principales protagonistas de todo este entramado -Gobierno de la Nación y Mesa de la Enfermería-, pese a defender posiciones absolutamente antagónicas, sorprendentemente convergen en la defensa a ultranza de la aplicación inmediata y completa del RD. Quizá procediera realizar alguna reflexión al respecto.

El posicionamiento de las CC.AA., como no podía ser de otro modo, es bien distinto, quizá obligadas por su deber constitucional de velar por el correcto funcionamiento del sistema sanitario público y la defensa de los derechos de los pacientes. Las distintas Administraciones Sanitarias lo que hacen es cuestionar la aplicación del art. 3.2 del RD ya que no existe aún un procedimiento establecido para la preceptiva acreditación de los enfermeros, y tampoco la validación por las autoridades estatales de los imprescindibles “protocolos”. El criterio seguido por las CC.AA. -y que entiendo totalmente acertado- resulta mucho más pragmático y operativo, defender la vigencia de los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial que estuviesen vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, así como brindar a todos los profesionales de la

enfermería una cobertura completa por parte de la póliza del contrato de seguro de responsabilidad suscrito por el servicio de salud autonómico correspondiente.

En este sentido se han sucedido a lo largo de todos estos meses toda una cascada de instrucciones, notas interiores, y comunicados de CC.AA.²⁴² dirigidos a contrarrestar los efectos negativos de las informaciones facilitadas desde la Mesa de la Enfermería, poner fin al clima laboral de alarma, incertidumbre e inseguridad jurídica, que se estaba instalando en las

²⁴² En algún caso se ha llegado a denunciar ante la Fiscalía la pasividad de la Administración por no informar a los profesionales afectados sobre cómo deben actuar tras la publicación del Real Decreto. Así la Plataforma de Centros de Salud de Madrid presentó el 16 de marzo de 2016 una denuncia *“contra aquellas personas que pudieran resultar responsables y, concretamente, contra los altos cargos de la Administración de la Comunidad de Madrid, de la Consejería de Sanidad y del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), en referencia a las consecuencias que se pudieran derivar de la aplicación del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros, publicado en el BOE el día 23 de diciembre de 2015, que ha provocado una situación de incertidumbre en todo el personal de enfermería, dado que dicha regulación no es lo suficientemente clarificadora como para que el personal de enfermería pueda conocer con precisión las posibilidades de actuación que tiene en su diario ejercicio profesional. Según la denuncia, la Comunidad de Madrid tiene toda una serie de competencias en esta materia y, sin embargo, no está cumpliendo con las obligaciones legales que tiene para con su personal sanitario en materia de información sobre las actividades profesionales que deben llevar a efecto, de qué manera deben desempeñarlas, con qué alcance y, finalmente, qué actividades no deben realizar en relación con la denominada “prescripción enfermera” que se contiene en el Real Decreto 954/2015.*

Instituciones Sanitarias, así como garantizar el correcto funcionamiento del servicio público, evitando de este modo que se comprometa la calidad de la asistencia sanitaria de los pacientes.

Para la consecución de este doble objetivo las CC.AA. han informado a sus profesionales transmitiéndoles:

1º.- Que hasta tanto se elaboren los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial para la indicación, uso y autorización de dispensación por parte de los enfermeros sujetos a prescripción médica, continuarán en vigor los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial que estuvieran vigentes en el momento actual.

2º.- Que los profesionales que así actúen no incurren en responsabilidad penal de ningún tipo.

3º.- Que la responsabilidad civil y patrimonial de los profesionales de enfermería de la sanidad pública queda cubierta por la póliza del contrato de seguros suscrita por el Servicio de Salud correspondiente²⁴³.

²⁴³ Andalucía y Castilla-La Mancha han ido más allá, y con el fin de desmontar cualquier intento de manipulación interesada y transmitir tranquilidad a sus profesionales, han obtenido de sus respectivas compañías aseguradoras -Zurich y Mapfre- los certificados que confirman la cobertura por la póliza de las actividades que desarrolle la enfermería en relación con la prestación farmacéutica del SNS. Así, en el caso de la CA de Castilla-La Mancha se dice "*La entidad aseguradora certifica que la aplicación del régimen transitorio del RD 954/2015, de 23 de octubre, no altera en modo alguno el régimen de aseguramiento de la responsabilidad civil y patrimonial de los profesionales de*

4º.- Que la entrada en vigor del RD no interfiere en la administración de vacunas por parte del personal de enfermería.

El argumento empleado de forma mayoritaria por las distintas Administraciones para apuntalar esta última afirmación, consiste en señalar que desde el momento en que la autoridad sanitaria decide incorporar la administración de una vacuna, conforme a las indicaciones, dosis y procedimientos contenidos en los protocolos y guías de actuación, existe una prescripción médica implícita. Además existe un protocolo de actuación para la administración de la vacuna. En el caso de la Comunidad de Madrid, lo que se dice es que para la administración de vacunas no es necesario que haya una previa indicación individualizada que exija una prescripción médica, de modo que en esta Comunidad todas las personas que cumplan los requisitos del colectivo al que va dirigida cada vacuna, pueden recibirla, salvo que presenten alguna otra característica fisiológica o dolencia que requiera de una previa valoración médica.

En el momento de cierre de este trabajo las CC.AA. que han adoptado medidas de este tipo han sido: Andalucía, Navarra,

enfermería del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha contemplado en la vigente póliza del contrato de seguro. Dicha cobertura se extiende a todas las actuaciones profesionales que en el momento actual lleve a cabo el colectivo de la enfermería, tanto en Atención Primaria como en Atención Especializada, en los mismos términos y condiciones que se viniesen realizando con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la citada disposición reglamentaria, y en la medida que tengan lugar conforme a la buena praxis profesional y los protocolos existentes”.

Islas Canarias, Madrid²⁴⁴, Cantabria²⁴⁵, Castilla y León²⁴⁶, Castilla-La Mancha²⁴⁷, La Rioja²⁴⁸, Extremadura²⁴⁹, País Vasco²⁵⁰ y Murcia²⁵¹. La única Administración Sanitaria que se ha

²⁴⁴ Circular de 3 de febrero de 2016, acerca de la aplicación transitoria del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros.

²⁴⁵ Nota de 28 de diciembre de 2015, de la Directora General de Ordenación y Atención Sanitaria de la Consejería de Sanidad, en relación con la aplicación en la Comunidad Autónoma de Cantabria del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros.

²⁴⁶ Oficio de 16 de febrero de 2016 del Director Gerente de la Dirección Regional de Salud de Castilla y León dirigido a todos los Directores Gerentes de las Gerencias de Salud de Área de Atención Especializada, Primaria y Emergencias Sanitarias.

²⁴⁷ Instrucciones de la Directora Gerente, de 14 de marzo de 2016, sobre indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros en el ámbito del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

²⁴⁸ Instrucción del Director Gerente del Servicio Riojano de Salud, de 21 de enero de 2016.

²⁴⁹ Circular 01/2016, de 7 de enero, de la Consejería de Sanidad y Políticas Sociales en relación a las medidas adoptadas sobre el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre.

²⁵⁰ Comunicado del Consejero de Salud de 30 de diciembre de 2015.

²⁵¹ Nota aclaratoria de la Dirección General de Asistencia Sanitaria, de 14 de marzo de 2016, para los equipos directivos de las Áreas de Salud, sobre la aplicación del RD 954/2015, de 23 de octubre.

alineado con las posiciones defendidas desde el Ministerio de Sanidad- que casualmente, o no, son las mismas que las de la Mesa de la Profesión Enfermera- ha sido el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA)²⁵², que recomienda a los facultativos *“Registrar debidamente en la historia clínica del paciente las pautas de los tratamientos médicos, curas, aerosoles, etc. Especificando la composición, dosis y duración del tratamiento, estableciendo la metodología de práctica clínica y asistencial a seguir por la enfermería”*.

IV.- EL DISTINTO POSICIONAMIENTO DE LA MESA DE LA PROFESIÓN ENFERMERA.

Obviamente ninguna de estas medidas han sido del agrado de las organizaciones integrantes de la Mesa de la Profesión Enfermera, que no han dudado en calificar estas instrucciones internas de ilegales. Los argumentos jurídicos sobre los que se sustentan estas afirmaciones son:

1º.- Falta de competencia por parte de las Administraciones autonómicas para emitir este tipo de instrucciones.

Tanto la organización sindical SATSE como el Consejo General de Enfermería, consideran que estas instrucciones exceden el ámbito estrictamente doméstico para adentrarse en la regulación de una materia sobre la que carecen de competencias.

²⁵² Nota interior de 27 de enero de 2016, emitida por el Coordinador de Equipos de Atención Primaria.

Estamos ante medidas que, lejos de contravenir la legislación básica estatal, se ajustan a la perfección a lo dispuesto en el régimen transitorio del RD, y por tanto, hay que colegir que en tanto no se proceda a la aprobación de la normativa de desarrollo (elaboración y validación de protocolos, organización de actividades docentes y programas para la acreditación de la enfermería...), la enfermería debe continuar realizando sus funciones como lo viniese realizando con anterioridad al 24 de diciembre de 2015, conservando por tanto su vigencia los protocolos existentes hasta ese momento.

Así pues con la aprobación de estas Instrucciones las Administraciones no estarían innovando el Ordenamiento Jurídico, sino que estarían actuando en el ejercicio de su potestad organizativa, limitándose a informar a sus profesionales sobre los efectos transitorios en el ámbito del respectivo Servicio de Salud de tan controvertido reglamento estatal. Asimismo, con estas Instrucciones la Administración transmite a sus empleados no solo la necesaria seguridad jurídica que precisan para el correcto desempeño de sus funciones en relación con la prestación farmacéutica, sino que además certifica que todos los profesionales de la enfermería que actúen como lo venían haciendo antes de la entrada en vigor de la norma, quedan cubiertos por la póliza de responsabilidad civil y patrimonial de su Servicio de Salud.

En definitiva, no estamos ante una nueva regulación autonómica del ejercicio de las competencias de dispensación, uso y autorización de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros, sino ante una

manifestación de la potestad organizativa prevista en el art. 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. A lo anterior habría que añadir que estas instrucciones/circulares no modifican las condiciones ni perjudican los derechos laborales de los profesionales sanitarios, más bien todo lo contrario.

2º.- El RD entró en vigor el 24 de diciembre de 2015, y por tanto hay que proceder a su cumplimiento en todos sus términos. Este es el argumento central sobre el que pivotan las otras dos grandes alegaciones de la Mesa de la Profesión Enfermera: la pérdida de validez de los protocolos y guías de práctica clínica asistencial por no reunir los requisitos exigidos en la norma, y el régimen jurídico de la acreditación.

Es cierto que la Disposición Final 7ª el RD establece sin ambages que *“el presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación”*, pero quedarnos únicamente con esta disposición supondría simplificar considerablemente lo que quizá sea el asunto más polémico de este RD. En efecto, la aprobación del Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre está generando a nivel autonómico un encendido debate sobre los efectos de una norma que, pese a lo dispuesto en su disposición final séptima, que establece que su entrada en vigor tendrá lugar el día siguiente a su publicación en el BOE, de facto resulta inaplicable.

Por este motivo adquieren una gran trascendencia las previsiones recogidas en la Disposición Transitoria Única de la mencionada disposición reglamentaria. Dicha DT establece el régimen transitorio respecto de los dos grandes requisitos que condicionan el válido ejercicio de las competencias de la

enfermería en relación con la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, a saber:

a) - La acreditación de la enfermería, requisito absolutamente determinante para cualquier actuación de la enfermería relacionada con la prestación farmacéutica del SNS, independientemente de si se trata de medicamentos sujetos o no a prescripción médica.

Respecto de este requisito esencial, tal y como ya señalé la propia norma establece un plazo de cinco años para que los enfermeros con título de Ayudante Técnico Sanitario, Diplomado Universitario en Enfermería o Enfermero Especialista, tanto en el ámbito de los cuidados generales como en el de los cuidados especializados, que no hubieran adquirido las competencias sobre indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano adquieran dichas competencias y la obtención de la correspondiente acreditación.

Muy distinta es la lectura que hace la Mesa de la Profesión Enfermera, que considera aplicable de forma inmediata el régimen jurídico de la acreditación obviando el plazo de 5 años que concede la propia norma. Asimismo subrayan el hecho de que aún en el supuesto en que se hubiese eximido durante 5 años a la enfermería del requisito de la acreditación, el otro actor protagonista del párrafo segundo del art. 3.2 del reglamento, el profesional sanitario prescriptor, no se beneficiaría de ninguna eximente similar y, por ende, seguiría siendo aplicable el controvertido párrafo. Bajo mi punto de vista esta tesis no resulta muy convincente, ¿acaso se podría eximir al

profesional sanitario prescriptor de realizar lo que ni los órganos judiciales ni el Consejo de Estado discuten, a saber, las funciones de diagnóstico y prescripción de medicamentos sujetos a receta médica?.

Por otra parte quisiera insistir sobre un aspecto muy importante que no hay que perder de vista a lo largo de todo este artículo, el requisito de la acreditación no lo impone el reglamento, es una exigencia del legislador estatal, al igual que sucede con el otro gran requisito, los protocolos y guías clínicas.

En efecto, respecto de los protocolos y/o guías de práctica clínica, la norma en cuestión establece que *“En todo caso, para que los enfermeros acreditados conforme a lo establecido en este apartado puedan desarrollar las competencias respecto de los medicamentos sujetos a prescripción médica señaladas en este real decreto se precisará también la validación previa de los correspondientes protocolos y guías de práctica clínica y asistencial por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”*.

A su vez la disposición final sexta del RD establece que las necesarias disposiciones para el desarrollo y ejecución del reglamento, deberán adoptarse por la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Es decir, el propio reglamento efectúa una remisión a un posterior e imprescindible desarrollo de la norma que permita facilitar su cumplimiento.

QUINTO.- CONSECUENCIAS QUE SE PUEDEN DERIVAR PARA LA ENFERMERÍA.

Si a lo largo de este breve artículo hemos analizado el polémico art. 3.2 del RD, y el más que evidente divorcio que se ha producido entre buena parte de los servicios autonómicos de salud y la denominada "*Mesa de la Profesión Enfermera*", en torno a si el precepto de la discordia resulta o no de aplicación teniendo en cuenta lo previsto en la disposición transitoria única, así como su disposición final sexta, ahora llega el momento de analizar las supuestas consecuencias prácticas que se derivarían, según el Consejo General de Enfermería y la organización sindical SATSE, para el colectivo de la enfermería.

1º.- Riesgo de incurrir en la comisión de delito de intrusismo.

2º.- Riesgo de quedar excluido de cualquier tipo de protección por los posibles daños que puedan ocasionar a terceros como consecuencia de su actuación contraria a lo dispuesto en el Real Decreto.

Pero, ¿qué hay de cierto en todo ello? ¿estamos ante miedos infundados, o se trata de certeras advertencias?.

Respecto a la supuesta comisión del delito de intrusismo por parte los enfermeros/as que actúen al margen de lo dispuesto en el art. 3.2 del RD, tan solo decir que semejante afirmación carece por completo de fundamento. Nuestra Constitución, en su artículo 36 establece que la Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas, y el artículo 149.1.30 de

nuestra Carta Magna atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales. A su vez, el artículo 13 de la Ley General de Sanidad establece que será el Gobierno quién apruebe las normas precisas para evitar el intrusismo profesional y la mala práctica, y el artículo 88 del mismo texto legal reconoce el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias de acuerdo con lo establecido en los artículo 35 y 36 de la Constitución.

Nuestra CE establece, por tanto, una reserva de ley para la denominación, configuración y ejercicio de profesiones tituladas, y por tanto difícilmente se puede incurrir en la comisión de este delito por "incumplir" lo dispuesto, no ya en una Ley, sino en una disposición que tiene valor reglamentario. Las funciones y competencias de la enfermería se encuentran descritas en la LOPS, y en el ámbito del empleo público, en su preconstitucional pero aún vigente Estatuto de personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (Disposición Transitoria Sexta del Estatuto Marco).

Los enfermeros que, en cumplimiento de las Instrucciones impartidas por sus respectivos Servicios de Salud, actúen según venían haciéndolo hasta hace escasos meses en relación con la prestación farmacéutica, ni están ni estaban usurpando la competencia más característica de la profesión médica: la prescripción. No cabe por ello confundir la colaboración que viene y ha venido realizando la enfermería con total normalidad en este ámbito, con lo que sería la acción principal de este ilícito, por lo que entiendo faltaría el elemento material que integra el tipo objetivo del delito, amén de la ausencia del

elemento normativo; recordemos que este colectivo sí está en posesión de la titulación habilitante para poder seguir realizando las mismas actividades en tanto se dictan las disposiciones de desarrollo del RD.

A todo lo anterior, y a modo de complemento, desde hace años la doctrina ha venido considerando que no se comete delito de intrusismo profesional si no se actúa por parte del afectado de mala fé y con la intención de suplir un puesto profesional que no es el suyo sino, como sería el caso que nos ocupa, con el convencimiento de que están obrando correctamente al cumplimiento a un deber impuesto por los directivos de los centros sanitarios. En esta línea, el Tribunal Supremo en diversas sentencias (STS 28/6/1991, STS 29/10/1992, STS 13/6/1990 y STS 30/4/1994) viene exigiendo un tercer requisito para poder considerar que se ha cometido el delito de intrusismo, la existencia de conciencia y voluntad por parte del sujeto de la irregular o ilegítima actuación que lleva a cabo y de la violación de las disposiciones por las que se rige aquella.

Resta por analizar si el segundo de los temores que se vienen propalando resulta o no infundado: la falta de cobertura ante una posible exigencia de responsabilidad. El argumento central de la Mesa de la Profesión de Enfermería es que resulta prácticamente imposible que ninguna compañía aseguradora asuma la responsabilidad por los daños ocasionados a terceros por el personal de enfermería que, en el momento actual, actúe de forma contraria a lo previsto en el RD. Estamos ante una afirmación un tanto pretenciosa, sobre todo porque aún en el hipotético caso que así fuera por considerar la entidad aseguradora que no puede cubrir este tipo de riesgos por derivar

de actuaciones contrarias al Ordenamiento, la Administración vendría obligada a asumir directamente la responsabilidad (responsabilidad patrimonial).

Así pues yo diría que estamos más bien ante temores infundados que, eso sí, alimentan la incertidumbre y el desasosiego entre nuestros profesionales. Llegados a este punto lo que cabría preguntarse es qué le interesa al enfermero/a que presta sus servicios en las CCAA que han impartido este tipo de instrucciones, si actuar conforme a las mismas, o por el contrario, decantarse por las indicaciones de la Mesa. Veamos a continuación cuáles serían las consecuencias que se pueden derivar en este último supuesto:

1.- Se puede incurrir en responsabilidad profesional no solo por acción, sino también por omisión (algo que omite deliberadamente la Mesa de la Profesión Enfermera); si el enfermero/a, en contra de lo que establece la buena praxis y obrando según las indicaciones del Colegio, decidiera no prestar los cuidados que precisa un paciente porque no haya médico disponible, produciéndose finalmente un daño no deseado (por ejemplo, infección de la herida con mala evolución) ¿en qué situación quedaría ese profesional?.

2.- A lo anterior habría que añadir la posible exigencia de responsabilidad disciplinaria en la que puede incurrir el profesional enfermero al incitarle abiertamente a que desoiga las órdenes de sus superiores jerárquicos o de otros compañeros asistenciales, o se niegue a realizar tareas que venían desempeñando hasta este momento. De este modo se les

estaría exponiendo innecesariamente a la apertura de un expediente disciplinario²⁵³.

A modo de resumen se podría decir que la enfermería tiene ante sí la siguiente disyuntiva: o seguir realizando con total normalidad su actividad profesional habitual en condiciones de seguridad jurídica al abrigo de la protección que le brinda su Administración sanitaria, o bien apostar por aventuras con incierto final alentadas por terceros.

Para terminar de complicar este embrollado y espinoso asunto relativo a la aplicación temporal del citado reglamento, el Tribunal Supremo mediante Auto de 2 de febrero de 2016 ha denegado la medida cautelar solicitada por el Colegio de Enfermería para que no fuese de aplicación el art. 3.2 del RD²⁵⁴.

²⁵³ El artículo 19 del Estatuto Marco establece como uno de los deberes del personal estatutario, *“Cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo”*. El art. 72.2 tipifica como infracciones muy graves *“El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios”*, y *“La desobediencia notoria y manifiesta a las órdenes o instrucciones de un superior directo, mediato o inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus funciones, salvo que constituyan una infracción manifiesta y clara y terminante de un precepto de una ley o de otra disposición de carácter general”*.

²⁵⁴ ATS 28-1-2016, rec. 161/2016; 2-2-2016, rec. 41/2016; 2-2-2016, rec. 24/2016; 22-2-2016, rec. 227/2016; 24-2-2016, rec. 161/2016; 24-2-2016, rec. 148/2016; 1-3-2016, rec. 649/2016; 14-3-2016, rec. 642/2016; 15-3-2016, rec. 24/2016; 15-3-2016, rec. 3562/2016; 29-3-2016, rec. 4121/2016; 29-3-2016, rec. 41/2016; 29-3-2016, rec. 4154/2016; 29-3-2016, rec. 4132/2016; 13-4-2016, rec. 4086/2016.

Esta resolución judicial se ha convertido en un sólido argumento para los partidarios de la aplicación íntegra e inmediata del RD (Ministerio y Colegio de Enfermería), y deja aparentemente en entredicho las medidas adoptadas por las CC.AA.. No obstante los distintos Autos del TS dejan bien claro en su FD 6º que los tantas veces citados "protocolos" siguen siendo el eje central, la piedra angular sobre la que descansa toda la regulación de la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, hasta el punto que afirma que "la forma de determinarse el previo diagnóstico y prescripción se determinará en esos protocolos o guías pues son documentos que deben recoger el "marco" que determinará cómo debe ser la actuación de los enfermeros en relación al poder de instrucción del médico".

Obsérvese que nuestro Alto Tribunal se refiere a estos protocolos siempre en términos futuros (determinará) porque no existen tales protocolos, luego la pregunta que cabría trasladar a quienes se muestran firmes partidarios de la aplicación íntegra e inmediata del Real Decreto es bien sencilla, ¿Cómo aplicar lo que de facto resulta absolutamente inaplicable? ¿Cómo exigir que la actuación de la enfermería se supedite al previo diagnóstico y prescripción del médico si el propio protocolo, que es el que debe albergar las directrices a seguir por todos los implicados, no existe?. Parece evidente que estas posiciones nos abocan a un auténtico callejón sin salida.

**“COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 22 DE
SEPTIEMBRE DE 2016:
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA JORNADA
LABORAL DE 35 HORAS DE LOS EMPLEADOS
PÚBLICOS DE CASTILLA-LA MANCHA”**

Roberto Mayor Gómez

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

Fecha de finalización de trabajo: 07/10/16

1.-ANTECEDENTES

Las Cortes de Castilla-La Mancha aprobaron la Ley 7/2015, de 2 de diciembre, por la que se modifican la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en materia de jornada de trabajo, y la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015, en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal funcionario y estatutario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La

Mancha, que fue publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 244/2015, de 16 de diciembre de 2015.

En la reunión del Consejo de Ministros celebrada el día 15 de abril de 2016 se solicitó al Presidente del Gobierno la promoción del recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley de Castilla-La Mancha 7/2015, de 2 de diciembre, acordándose en esa misma fecha por el Presidente del Gobierno la decisión de interponer recurso de inconstitucionalidad contra la mencionada Ley²⁵⁵.

En fecha 21 de abril de 2016, se presentó por la Abogacía del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, escrito en el registro general del Tribunal Constitucional por el que se interponía recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley de Castilla-La Mancha 7/2015, de 2 de diciembre, e igualmente se invocaban los artículo 161.2 de la Constitución Española y 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con la finalidad de que se produjera la suspensión de la aplicación de los preceptos impugnados.

A la vista del escrito procesal presentado, en fecha 28 de abril de 2016, se acuerda por el Pleno del Tribunal Constitucional:

²⁵⁵ Previamente, en fecha 11 de marzo de 2016, se había dictado la Resolución de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publicaba el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE núm. 76, de 29 de marzo) en relación con la Ley 7/2015, a los efectos previstos en el artículo 33.2 de la LOTC.

-
- (i) admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2165/2016 promovido por el Presidente del Gobierno y, en su representación y defensa, por el Abogado del Estado contra el artículo 1 de la Ley 7/2015, de 2 de diciembre, por la que se modifican la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en materia de jornada de trabajo, y la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015, en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal funcionario y estatutario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

 - (ii) dar traslado de la demanda y documentos presentados a las Cortes de Castilla-La Mancha y a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al objeto de que, en el plazo de quince días, puedan personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes

 - (iii) tener por invocado por el Presidente del Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución

 - (iv) publicar la incoación del recurso en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha

2.-OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y ALEGACIONES DE LAS PARTES

En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación, se alega básicamente que el artículo 1 de la Ley de Castilla-La Mancha 7/2015, de 2 de diciembre, por la que se modifican la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en materia de jornada de trabajo, y la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015, en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal funcionario y estatutario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 244/2015, de 16 de diciembre de 2015), introduce una regulación de la jornada laboral del personal al servicio del sector público, incluido el personal sanitario, de 35 horas semanales que estaría en contradicción con la regulación estatal sobre esta materia que se contiene en la disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 en la que se establece que la jornada general de trabajo del personal del Sector Público, incluido el personal estatutario, no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, invocando el carácter básico de este precepto al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.17^a, 149.1. 13^a y 149.1.18^a.

El contenido del artículo que se impugnaba es el siguiente:

«Artículo 1. Modificación de la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

La Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, se modifica en los siguientes términos:

Uno. El art. 1.1 queda redactado de la siguiente manera:

1. La jornada general de trabajo del personal al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cualquiera que sea su régimen jurídico, será de treinta y cinco horas semanales de promedio en cómputo anual.

Esta media semanal se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán los cambios que fueran necesarios para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.

Dos. El art. 10 queda redactado de la siguiente manera:

1. La jornada, en cómputo anual, del personal al servicio de las instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha que percibe sus retribuciones conforme al Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del INSALUD, queda fijada de la siguiente forma:

a) Turno diurno: 1.519 horas.

b) Turno nocturno: 1.450 horas.

c) Turno rotatorio: 1.491 horas.

2. La jornada en turno rotatorio que se establece en 1.491 horas anuales resulta de la ponderación de considerar la realización de 42 noches al año. La jornada anual de cada profesional que realice este turno se determinará en función del número de

noches efectivamente trabajadas durante el año, de acuerdo con la ponderación que se establezca por resolución de la Gerencia del SESCOAM.

3. El personal estatutario con nombramiento para la cobertura de la atención continuada en atención primaria realizará una jornada anual ordinaria de 1.500 horas de trabajo efectivo.

4. Los profesionales sanitarios de emergencias de la unidad móvil de emergencias y del centro coordinador, realizarán una jornada anual efectiva de 1.488 horas distribuidas en módulos de 12 horas.

5. El personal destinado en los servicios de urgencia de atención primaria (SUAP) realizará una jornada anual ordinaria de 1.488 horas de trabajo efectivo.

Tres. Se añade una nueva disposición adicional con la siguiente redacción:

Disposición adicional sexta

La jornada general de trabajo del personal de las entidades del sector público de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha a que se refieren los apartados c), d), e), f), g) y h) de la disposición adicional cuarta de esta ley será la establecida en el art. 1...»

A los efectos facilitar la comprensión de la sentencia judicial del Tribunal Constitucional objeto del presente comentario, resulta imprescindible conocer previamente las concretas alegaciones de las distintas representaciones procesales (Abogacía del Estado, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y Cortes de Castilla-La Mancha).

En concreto, por la Abogacía del Estado se esgrime ante el Tribunal Constitucional que esta previsión sobre la jornada

laboral del personal al servicio del sector público entraría en contradicción de forma directa con la regulación estatal sobre la materia contenida en la disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, dictada con carácter básico al amparo de los artículos 149.1.7ª, 149.1.13ª y 149.1.18ª CE, y por la que se establece, en contraposición a lo preceptuado por el artículo cuya impugnación se postula, que la jornada general de trabajo del personal del Sector Público, incluido el personal estatutario, no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Esta contradicción supondría, a juicio de la Abogacía del Estado, que la norma recurrida vulneraría el art. 149.1.18 CE, invocando y reproduciendo parcialmente la STC 156/2015²⁵⁶.

²⁵⁶ La parte de la sentencia que se extracta declara que: *"corresponde al Estado establecer las bases del régimen de derechos y deberes de los funcionarios públicos y a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en relación con la función pública autonómica y local. Igualmente, hemos señalado que, en la competencia para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos conferida al Estado por el art. 149.1.18ª CE, cabe incluir, por ejemplo, previsiones relativas a las retribuciones de los funcionarios, comunes a todas las Administraciones públicas, pues ello hallaría su fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 4; 103/1997, de 22 de mayo, FJ 2, y 148/2006, de 11 de mayo, FJ 6, entre otras). Del mismo modo, debemos afirmar, ahora, que también quedan encuadradas en el título competencial del mencionado art. 149.1.18 CE las previsiones relativas a los permisos y vacaciones de los funcionarios comunes a todas las Administraciones públicas, pues ello hallarla, igualmente, su fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad"*.

Además, se alega que norma recurrida en tanto que comprende igualmente al personal laboral del sector público, vulneraría, por la contradicción antedicha de la jornada laboral mínima de 37 horas y media semanales, el art. 149.1.7ª CE, que atribuye al Estado toda la legislación en materia laboral.

Finalmente se indica que la fijación de una jornada laboral mínima es un instrumento de contención del gasto público, por lo que la regulación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha al reducir dicha jornada por debajo del límite mínimo fijado por el Estado, lesionaría la competencia de éste de fijar bases de la planificación económica general ex art. 149.1.13ª CE.

Frente a ello, las representaciones procesales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las Cortes de Castilla-La Mancha se opusieron al recurso de inconstitucionalidad interpuesto alegando diversos motivos que sistemáticamente se pueden agrupar del siguiente modo:

1º) La regulación de la jornada laboral del sector público en Castilla-La Mancha no infringiría la regulación estatal dictada al amparo de los artículos 149.1 apartados 7, 13, y 18 CE

Las líneas jurídicas argumentales que sustentarían que la regulación jurídica de la jornada laboral de los empleados públicos no infringe la normativa básica estatal eran que:

a) La disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 estaba impugnada ante el Tribunal Constitucional a través de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de Cataluña y el Gobierno Vasco²⁵⁷. Ello querría decir que, atendiendo al objeto de los mismos, en el supuesto que fueran estimados los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las Comunidades Autónomas de País Vasco y Cataluña contra la disposición adicional septuagésima primera, el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el artículo 1 de la Ley de Castilla-La Mancha Ley 7/2015, de 2 de diciembre, estaría abocado a su íntegra desestimación²⁵⁸.

²⁵⁷ Estos recursos fueron admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional por:

- Providencia de 9 de abril de 2013 en la que se acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1743-2013, promovido por el Gobierno de Cataluña, contra las disposiciones adicionales cuadragésima y septuagésima primera, y disposición final octava de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE núm. 94, 19 de abril de 2013).
- Providencia de 23 de abril de 2013 por la que se acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1815-2013, promovido por el Gobierno Vasco, contra los artículos 22. Tres, 23. Uno.2 y disposiciones adicionales duodécima, cuadragésima y septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE núm. 114, 13 de mayo de 2013).

²⁵⁸ No obstante, incluso en la hipótesis de una eventual sentencia desestimatoria en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las Comunidades Autónomas de País Vasco y Cataluña, se entendía que ello no afectaría directamente al recurso dada las especiales peculiaridades y circunstancias que se presentaban, fundamentalmente el hecho de que en Castilla-La Mancha ya había

b) La disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 habría sido implícitamente derogada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261/2015, de 31 de octubre de 2015).

Se argumenta bajo este epígrafe que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público²⁵⁹ era la norma que contenía la regulación básica común al conjunto de los empleados públicos con la que se pretendía dar cumplimiento desde una perspectiva general al mandato previsto en el artículo 103.3 CE, y se consideraba que la disposición adicional

sido aprobada una ley autonómica en desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha) en el ejercicio de las competencias exclusivas que el Estatuto de Castilla-La Mancha atribuye a esta Comunidad Autónoma; y, por otra parte, que con posterioridad a la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado había sido aprobado el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261/2015, de 31 de octubre de 2015).

²⁵⁹ El EBEP regulaba la jornada de trabajo o delimitación del tiempo de trabajo de los empleados públicos en su Capítulo V, en el que se limitaba a enunciar el derecho a la jornada de trabajo en el mismo título del capítulo, otorgando en el artículo 47 absoluta y plena libertad a las Administraciones públicas para determinar la jornada laboral, estableciendo como criterios básicos la distinción de la jornada general y de jornadas especiales y así mismo, la posibilidad de que la jornada pudiera ser a tiempo completo o a tiempo parcial, siendo esta regulación la que forma parte de su régimen estatutario.

septuagésima primera estaba en contradicción abiertamente con la regulación del artículo 47 del EBEP y el artículo 100 de la Ley 4/2011 del Empleo Público de Castilla-La Mancha, imponiendo una jornada laboral mínima, cuando ambas normas otorgan plena libertad a las Administraciones para su regulación.

Por ello, al no haber modificado expresamente el EBEP, tampoco cumpliría el nuevo límite que el Tribunal Constitucional²⁶⁰ ha establecido para las normas de contenido eventual de la Leyes de Presupuestos. Y ello sería así porque, a juicio del propio Tribunal Constitucional la Ley de Presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar, con su desconocimiento, situaciones de inseguridad jurídica, contrarias al artículo 9.3 CE.

Se continua razonando que incluso aunque se considerase admisible que la disposición adicional septuagésima primera ha establecido, para la fijación de la jornada laboral, una nueva norma básica en el régimen estatutario de los funcionarios que derogase la que preveía la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado público en su artículo 47, cabría oponer que con posterioridad a la disposición septuagésima

²⁶⁰ El Tribunal Constitucional ha declarado que *«lo que no puede hacer la Ley de Presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta de la prevista en la norma cuya aplicación pretende»* (STC 238/2007 y STC 248/2007).

primera de la ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado se ha aprobado el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo contenido es idéntico al fijado en aquel precepto, y así el artículo 47 sigue estableciendo que: *«Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial».*

Pues bien, a juicio de ambas representaciones procesales concurrirían todos los presupuestos para considerar que el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, habría derogado²⁶¹tácitamente o por

²⁶¹ Hay que partir de la base que la derogación de una norma jurídica es la pérdida de su vigencia, es decir la restricción en el tiempo de su aplicabilidad por haber sido esta abrogada por otra norma jurídica, teniendo en cuenta que a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Civil, que regula esta figura jurídica, la derogación de una ley necesariamente debe efectuarse por otra ley.

Además, en el artículo 2.2 del Código Civil se contienen las dos modalidades de derogación (expresa y tácita o por incompatibilidad normativa), al disponer que *«La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que, en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior».* Finalmente, y dentro del régimen jurídico de la derogación, el artículo 2.2 del Código Civil contiene otra regla general al disponer que *«Por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogada».*

incompatibilidad normativa²⁶², la disposición adicional septuagésima primera de la ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado ya que:

- La igualdad de materias entre los preceptos de ambas leyes resultaría evidente, puesto que se regula materialmente la misma cuestión de personal de las Administraciones públicas como es la jornada horaria laboral de los empleados públicos, sin que sea óbice que en uno de los preceptos ello formalmente se contenga en una norma de naturaleza presupuestaria
- Concurriría la identidad de destinatarios
- La incompatibilidad entre los fines de ambas normas sería a evidente, puesto que en la disposición adicional septuagésima primera de la ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 se declara que *«la jornada general de trabajo del personal del Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete*

²⁶² Desde un punto de vista jurídico se habla de derogación expresa cuando ésta se produce por medio de una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de derogación, y derogación tácita cuando se produce por incompatibilidad provocada por normas publicadas en distintos momentos temporales (Gascón Abellán, Marina Felicia, «Cuestiones sobre la derogación», DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho, ISSN 0214-8676, nº 15-16, pp. 845-859, 1994). La derogación tácita es aquella que se produce por incompatibilidad producida por normas aprobadas en distintos momentos temporales, y conforme al criterio establecido por la jurisprudencia, (por todas, Sentencia 881/1996, de 31 de octubre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, RJ 1996/7727) su estimación exige la concurrencia de los requisitos de igualdad de materia en ambas leyes, identidad de destinatarios y de contradicción e incompatibilidad entre los fines de ambas normas.

horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual», y en el artículo 47 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público se establece que «Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos». Es decir, en la disposición adicional septuagésima primera por la Administración del Estado se fija la jornada de trabajo para todas las Administraciones Públicas, cuando posteriormente el artículo 47 TRLEBEP atribuye esta competencia a las distintas Administraciones Públicas.

La consecuencia jurídica de la concurrencia de la derogación tácita sería, según se concluye por las partes demandadas, que la plena vigencia del artículo 47 TRLEBEP habría derogado la disposición adicional septuagésima primera de la ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, lo que supondría la desaparición del objeto del conflicto y la carencia de sentido que tendría para el Tribunal Constitucional pronunciarse en un recurso de inconstitucionalidad sobre normas que el legislador haya expulsado del ordenamiento mediante su derogación implícita, y sin que resultara de aplicación en este supuesto la jurisprudencia constitucional²⁶³ que dispone que la función de preservar los ámbitos respectivos de competencias

²⁶³ A estos efectos pueden verse, entre otras las siguientes sentencias: SSTC 182/1988, FJ 1; 248/1988, FJ 2; y 167/1993, FJ 2; 329/1993, FJ 1; 165/1994, FJ 2; y 196/1993, FJ 2; 109/2003, de 5 de junio, FJ; 134/2011, de 20 de julio, FJ 2 b; 87/1993, 329/1993; 128/1999, de 1 de julio, o 134/2011, de 20 de julio, FJ 2 b)...

no puede quedar enervada por la sola derogación o modificación de las disposiciones cuya adopción diera lugar al litigio.

c) La Disposición adicional septuagésima primera de la ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado²⁶⁴ no respetaría el orden de distribución de competencias

Se subraya que la normativa autonómica en materia de empleo público se ha limitado a recoger la interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas del artículo 149.1.18 CE en el régimen estatutario de los funcionarios públicos y el ámbito de organización de la Administración pública, según la cual aunque el legislador básico establezca un mínimo común normativo en la materia, se debe permitir a las Comunidades Autónomas realizar con sus competencias legislativas unas políticas propias y, en definitiva una configuración legislativa del sector o de la actividad diferente en muchos aspectos, de las que pueda realizar el legislador estatal, ya que si no fuera así se negaría su autonomía.

²⁶⁴ La Disposición Adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 establece en el apartado 1 la duración de la jornada mínima de trabajo de 37 horas y media semanales en cómputo anual, para todos los empleados del Sector Público; en congruencia, determina que se incorporen en las jornadas especiales los cambios necesarios para adecuarse a la modificación general de la jornada ordinaria, sin que en ningún caso supongan un incremento retributivo. En el apartado 2 dispone la suspensión de la eficacia de cualquier previsión en esta materia, contenida en Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes en entes, organismos y entidades del Sector Público que contradigan esta regulación. Y, por último, en el apartado 3 declara que la disposición tiene carácter básico y que se dicta al amparo del art. 149.1. 7ª, art. 149.1. 13ª y del art. 149.1. 18ª CE.

Por tanto, se estima que la concreción de la cuantificación y la distribución de la jornada laboral debe entenderse que no constituye un elemento esencial del régimen estatutario de los empleados públicos y, por consiguiente, su regulación no tiene cabida en las competencias básicas del Estado ex artículo 149.1.18 CE. La jornada de trabajo configura el ámbito temporal dentro del cual se desarrolla la tarea de los empleados públicos, y por este motivo solamente la existencia y la determinación de la tipología y modalidades de la jornada, que es el marco de referencia del deber de trabajar, pueden formar parte de la configuración esencial del deber básico de prestación de servicio del empleado público, pero no así la cuantificación concreta y específica de esta jornada, ni siquiera con carácter mínimo. Lo anteriormente expuesto supondría que la determinación de la duración de la jornada de trabajo que se contiene en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, sería una regulación que excede del contenido propio de la normativa básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

Así, se concluye que la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, al fijar una jornada mínima de trabajo de 37 horas y media semanales en cómputo anual, introduciría una regulación que excede el contenido propio de la normativa básica del régimen estatutario de los funcionarios y de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, e invadiría la competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha prevista en el artículo 31.1.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, competencia exclusiva sobre la organización, régimen y

funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, en relación con su artículo 39 apartado tres; y entraría en contradicción abiertamente con la regulación legal que se contiene en el artículo 100 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha que regula la jornada y horarios de trabajo de los empleados públicos de dicha Administración.

En definitiva, según se alega, la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 no se ampararía en el art. 149.1.18 CE, al sobrepasar el concepto básico del régimen estatutario de los funcionarios públicos e invade la competencia exclusiva de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha reconocida en su Estatuto de Autonomía y en la legislación de desarrollo en materia de empleo público.

d) La disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 vulneraría el artículo 134.2 CE

Se invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁶⁵ que ha diferenciado el contenido necesario e indispensable de la Ley de Presupuestos, consistente en una previsión de ingresos y en una

²⁶⁵ En este sentido, el TC ya se ha pronunciado respecto de la inconstitucionalidad de la regulación de materias relacionadas con la función pública, cuando declara que: *«es clara la desconexión con cualquier finalidad estrictamente retributiva del personal al servicio de la Administración Pública y, por ende, con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con la política económica de la que el mismo es instrumento, sin que su eventual incidencia en aquellos ingresos o gastos, por lo demás ajena a la finalidad del precepto, pueda justificar su inclusión en la Ley de Presupuestos, salvo que se adoptara un concepto desmesurado y por tanto inoperante de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen la política económica del Gobierno»* (STC 195/1994, FJ 3; y STC 274/2000, FJ 8).

habilitación de gastos, del contenido posible, no necesario, eventual o disponible de la Ley de presupuestos, que estaría constituido por aquellas otras disposiciones que no siendo estrictamente presupuestarias están dirigidas a ordenar la acción y los objetivos de política económica y financiera del sector público estatal, es decir que inciden en la política de ingresos y gastos del sector público o la condicionen (STC 248/2007).

Por tanto, las leyes anuales de Presupuestos tienen un contenido mínimo, necesario e indisponible (STC 65/1987, FJ 4) constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible, no necesario y eventual que puede afectar a materias distintas a ese núcleo esencial constituido por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos. La inclusión injustificada de materias que no reúnan los requisitos indicados en la ley anual de Presupuestos puede ser contraria a la Constitución Española por suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional (STC 65/1987, FJ 5) y por afectar al principio de seguridad jurídica, debido a la incertidumbre que una regulación de ese tipo origina (STC 65/1990, FJ 3).²⁶⁶

²⁶⁶ Además, el Tribunal Constitucional ha declarado que: «(...) tratándose de una norma que limita cuantitativa y sectorialmente las plazas de personal de nuevo ingreso que las diversas Administraciones públicas pueden convocar durante el año 1997, no es posible considerar que constituye una base del régimen estatutario de la función pública dictada en ejercicio del art. 149.1. 18ª CE. En efecto, como ha señalado este Tribunal con ocasión de los límites de las retribuciones del personal al servicio de las Comunidades Autónomas contenidos en las Leyes de presupuestos generales del Estado (por

Se alega que la disposición septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 no tiene contenido económico, por ello no estaría incluida ni en una previsión de ingresos, ni en una habilitación de gastos, de manera que no forma parte del contenido esencial e indisponible de la Ley de presupuestos. Además, tampoco incidiría directamente en la política de ingresos y gastos del sector público estatal ni la condicionaría, sin que se hubiera aportado prueba alguna en este sentido, por lo que, al no tener ninguna conexión directa con los ingresos o los gastos del Estado, tampoco puede formar parte del contenido eventual de la Ley de presupuestos.

Al no tener vinculación económica o presupuestaria carecería de legitimidad constitucional para modificar una norma típica del derecho especial, empleo público, al estar excluida del ámbito de la Ley de presupuestos, ya que se trata de una regulación sustantiva de la jornada laboral de los empleados públicos cuya sede normativa natural y técnicamente más correcta es la de las disposiciones generales que disciplinan el régimen jurídico de los funcionarios públicos, y en consecuencia es inconstitucional,

todas, SSTC 63/1986, de 21 de mayo, F. 11, y 24/2002, de 31 de enero, F. 5), cualquiera que sea la extensión que se otorgue al concepto «régimen estatutario de los funcionarios», no cabe incluir en el mismo una medida coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo como la contenida en el art. 17.4 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que tampoco afecta directamente a la relación de servicio que delimita dicho régimen» (STC 178/2006, FJ 3).

como sucede en los supuestos análogos enjuiciados por el Tribunal Constitucional²⁶⁷.

Por todo ello, se estima que no cabría sino afirmar que la disposición septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 vulnera lo dispuesto en el artículo 134.2 C.E

2º) Competencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en materia de función pública para la regulación de la jornada de sus empleados públicos

Se alega que habría que partir de la base que la Constitución Española no ha pretendido imponer un modelo uniforme de función pública para todo el territorio español, y así el artículo 149.1.18ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva para el establecimiento de las bases del régimen estatutario de sus funcionarios públicos, lo que implicaría que las Comunidades Autónomas tienen amplias competencias para establecer su propia política de personal, como ha reconocido el propio legislador estatal²⁶⁸.

²⁶⁷ Véanse, entre otras las siguientes sentencias: STC 174/1998; STC 203/1998; y STC 234/99...

²⁶⁸ En la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 89/2007, de 13 de abril de 2007) se declaraba que: «*Quiere eso decir que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los*

Por tanto, una de las principales notas definidoras de la regulación básica del originario Estatuto Básico del Empleado Público²⁶⁹ sería precisamente su libertad y flexibilidad para permitir su desarrollo por las Comunidades Autónomas, así como su carácter de norma de mínimos, ya que, partiendo de las competencias atribuidas en los Estatutos de Autonomía y de la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocía expresamente una amplia capacidad reguladora a cada Administración Pública para diseñar su propia política de personal, necesaria para permitir la normación específica de los sectores y aspectos del empleo público que lo demandasen.

Se añade que, en cuanto al ámbito competencial de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en materia de función pública, en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado en virtud de Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto (BOE núm. 195/1982, de 16 de agosto de 1982) se dispone, en su artículo 31.1.1, que la Junta de Comunidades de Castilla-La

necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional».

²⁶⁹ La situación anteriormente descrita no habría cambiado tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261/2015, de 31 de octubre de 2015), que deroga expresamente la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Mancha asume la competencia exclusiva sobre la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, añadiéndose en el artículo 39 apartado tres, precepto introducido por la Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997), que en el ejercicio de la competencia de organización, régimen y funcionamiento prevista en el citado art. 31.1.1ª del Estatuto de Autonomía y, de acuerdo con la legislación del Estado, corresponde a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, entre otras materias, el establecimiento del régimen estatutario de sus funcionarios.

Así, en el ejercicio de las competencias asumidas en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, y en desarrollo del mandato que se contenía en el artículo 6 del EBEP, el legislador autonómico aprobó Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 56/2011, de 22 de marzo de 2011, y BOE núm. 104/2011, de 2 de mayo de 2011) que incide en la mayor parte de los aspectos esenciales del régimen estatutario del personal empleado público que se incluyen en su ámbito de aplicación, puesto que tiene por objeto la ordenación y regulación del empleo público de Castilla-La Mancha, así como del régimen jurídico del personal que lo integra, de acuerdo con las competencias reconocidas en la Constitución española y en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en el marco de la legislación básica estatal.

En este sentido, por las partes demandadas se alega que la propia jurisprudencia constitucional²⁷⁰ sobre el concepto de

²⁷⁰ La doctrina del Tribunal Constitucional, en lo que concierne a la legislación básica, se traduce en la necesaria concurrencia de ciertos requisitos de orden formal y de orden material que suponen la implantación de una doble exigencia: *«En primer lugar, el Estado debe garantizar, a través de las normas básicas un común denominador normativo [...] a la satisfacción de esta finalidad responde el concepto material de norma básica que impide considerar como tal cualquier precepto que en realidad no tenga ese carácter y vacíe de contenido o cercene las competencias autonómicas. En segundo término, en la definición de lo básico deben observarse también las imprescindibles garantías de certidumbre jurídica... A esta segunda finalidad se orienta la exigencia de que las bases se regulen en principio por ley formal y de que la propia ley declare expresamente el alcance básico de todas o parte de sus normas o, al menos, permita inferir esta condición de las mismas sin especial dificultad»* (STC 13/89, FJ 31).

El Tribunal Constitucional ha continuado fiel a la noción material de bases, aunque con ciertas modulaciones, y así en las STC 69/88 y STC 80/88, al requerirse con mayor rigor: *«la condición formal de que la norma básica venga incluida en ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad»*.

En la STC 101/2005, de 20 de abril, FJ 5, y STC 69/2013, FJ 1, se declaró que: *«[...] el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar, frente a lo afirmado en la STC 149/1991 [FJ 1 D) in fine] de la cual hemos de apartarnos en este punto, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido»* (STC 102/1995, FJ 8).

Asimismo, el Tribunal Constitucional tiene declarado que: *«no le era posible al Estado desplegar una actividad legislativa tan intensa que pudiera, de manera inmediata, configurar todas las ordenaciones*

básicas que contemplan la Constitución y los Estatutos... Resultaba inevitable que el concepto material adquiriese excepcional relevancia al objeto de conseguir, de la manera más rápida y eficaz la progresiva determinación de los espacios normativos estatal y autonómico, quedando,...en un segundo plano el componente formal...» (STC 69/88, FJ 61), y que si bien se «garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria, y en condiciones de igualdad, los intereses generales; regulación normativa uniforme que, no obstante, debe permitir que cada Comunidad Autónoma introduzca, en persecución de su propios intereses, las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia dibuje el bloque de constitucionalidad» (STC 103/1997, FJ 2).

Igualmente, se ha considerado por el Tribunal Constitucional que: *«Este grado de detalle de la norma es contrario a la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el alcance de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, en la que ha sentado la doctrina que cuando afecten al aparato administrativo de las Comunidades Autónomas, dichas bases han de permitir a éstas un ejercicio de sus competencias normativas más amplio que en otras materias que rija igual reparto competencial. El Tribunal recuerda que la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas que en aquellas otras, que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de los derechos de los interesados» (STC 1/2003, FJ 8).*

En el específico ámbito del régimen estatutario de los empleados públicos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de forma constante y reiterada, si bien ha declarado que es competencia del Estado la fijación de las «bases» del régimen estatutario de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, pudiendo asumir las Comunidades Autónomas competencia en el desarrollo legislativo y ejecución de dicho régimen, ha delimitado y fijado el contorno de las

legislación básica habría decantado desde un principio de modo expreso por una concepción material de las bases, definidas por el propio Tribunal Constitucional como los *«principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales,... que racionalmente, se deducen de la legislación vigente»* (STC 32/81, FJ 61).

Así, se alega que conforme a la citada doctrina constitucional sobre las bases, la Ley 2/2012, de 29 de junio, no dejaría apenas espacio normativo a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para determinar el horario de sus empleados públicos, que permitiese adecuarlo a sus medios y a sus fines, de conformidad con las políticas de personal que en ejercicio de su competencia legislativa puede llevar a cabo para el cumplimiento del servicio público a la ciudadanía en diversos ámbitos competenciales (sanidad, educación, servicios sociales...). Si se tiene en cuenta que la jornada ordinaria en España es de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, la fijación de una jornada mínima de 37 horas y media, dejaría una escasa franja horaria de regulación propia y ello afectaría al resto de jornadas especiales, parciales... que se deben adecuar según requiere la norma.

«bases» declarando que han de referirse a: «la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales, y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas» (STC 99/1987, de 11 de junio; STC 235/2000, de 5 de octubre; STC 294/2006, de 11 de octubre; STC 175/2011, de 8 de noviembre; STC 224/2012, de 29 de noviembre; o STC 176/2015, de 22 de julio de 2015).

Además, se añade que en los términos en los que está planteado el debate constitucional, tampoco resultarían de aplicación las recientes sentencias del Tribunal Constitucional²⁷¹ dictadas en relación con la impugnación por parte de varias Comunidades Autónomas de los artículos 3 y 4 del Real Decreto-Ley 14/2012, que establecen en materia de educación no universitaria un horario lectivo mínimo del profesorado, puesto que se trata de supuestos totalmente diferentes. Así, además de tratarse de título competenciales en conflicto diferentes, no se puede desconocer que en las citadas sentencias judiciales se avala la constitucionalidad de la norma estatal fundamentándose, precisamente, en las particularidades del profesorado de enseñanzas generales no universitarias dado *«el carácter único del sistema educativo en todo el territorio nacional»* y que *«la competencia estatal para dictar esa regulación encuentra también cobertura en el art. 149.1.18 CE respecto a los profesores que tengan la condición de funcionarios públicos, sobre todo teniendo en cuenta que son funcionarios de ámbito estatal en el sentido de que pueden prestar servicio en cualquier parte del sistema educativo»* (STC 213/2013).

Por tanto, se concluye que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la competencia para regular las bases del régimen estatutario no alcanzaría a la regulación de la jornada laboral del sector público en Castilla-La Mancha, ya que no entra dentro de lo básico y del título competencial del artículo 149.1.18 CE invocado por el Estado, siendo ello una competencia que corresponde a la Junta de Comunidades de

²⁷¹ Véanse las STC 26/2016, de 18 de febrero; STC 54/2016, de 17 de marzo, o STC 66/2016, de 14 de febrero.

Castilla-La Mancha de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1.1 y 39 apartado tres del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, añadiendo que:

- a) Las normas estatales y autonómicas vigentes que han sido aprobadas en materia de empleo público atribuyen la competencia para fijar la jornada laboral de sus empleados públicos a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por lo que en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto no se puede pretender cuestionar la competencia que ostenta la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para regular la jornada laboral de sus empleados públicos cuando el artículo 47 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público se lo reconoce expresamente, y cuando además ha sido aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha en cuyo artículo 100 se atribuye la regulación de la jornada y horarios de trabajo de sus funcionarios a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha²⁷².

²⁷² El artículo 47 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público que señala que: «*Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial*». En el caso de Castilla-La Mancha concurre además una especialidad y es que el legislador autonómico aprobó la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha en cuyo artículo 100 se regula la jornada y horarios de trabajo de los funcionarios que pertenecen a esta Administración, en

- b) Los antecedentes normativos estatales y autonómicos en materia de empleo público han atribuido siempre la competencia para fijar la jornada laboral de sus empleados públicos a cada Administración Pública y además únicamente han establecido la jornada de trabajo de sus propios empleados públicos²⁷³

los siguientes términos: «1. *La jornada ordinaria de trabajo del personal funcionario de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha y el régimen general de horarios para su cumplimiento se determinarán reglamentariamente.*

Asimismo, se podrán establecer reglamentariamente jornadas de trabajo y horarios especiales, así como una distribución irregular de la jornada a lo largo del año, en atención a las necesidades de los servicios.

2. La jornada de trabajo puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial. Se entiende por jornada de trabajo a tiempo parcial aquella en la que se requiere la prestación de servicios en un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo del personal funcionario a tiempo completo comparable.

3. En los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen y siempre que ello sea compatible con la naturaleza de las funciones y características del puesto de trabajo, se podrán prestar servicios de carácter no presencial desarrollando parte de la jornada de trabajo desde el domicilio mediante el uso de medios electrónicos.»

²⁷³ En la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, en relación con la regulación del tiempo de trabajo, se establecieron una serie de permisos que, de acuerdo con el artículo 1.3 de la mencionada Ley, no se consideraban «bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos» y, por lo tanto, tan solo eran aplicables al personal dependiente del Estado (salvo el artículo 30.5, relativo a los permisos por razón de violencia de género, introducidos por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que sí tenía carácter básico).

Por su parte, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (EBEP) tampoco incluyó referencia alguna al quantum de la jornada de trabajo ni una jornada mínima, sino que tan solo estableció como criterios básicos la existencia de una jornada general y de jornadas especiales y la posibilidad de que la jornada sea a tiempo completo o a tiempo parcial, remitiendo a las administraciones públicas correspondientes la normación sustantiva.

En cuanto al contenido concreto o específico de la regulación de la jornada de trabajo en las diferentes Administraciones Públicas se comprueba nuevamente como ha sido una competencia atribuida libremente a cada una de aquellas respecto de sus empleados públicos, lo que denota su carácter no básico.

Así, en el ámbito estatal, el artículo 78 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, disponía que «la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración del Estado será la que reglamentariamente se determine. Su adaptación para puestos de trabajo concretos se consignará en la clasificación de los mismos, requiriendo, consiguientemente, la aprobación de la Presidencia del Gobierno, a propuesta de la Comisión Superior de Personal». De acuerdo con esta previsión legal, en el ámbito de la Administración estatal se dictaron diversas resoluciones que han regulado la jornada y los horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración general del Estado [a título de ejemplo la Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública (BOE núm. 309, de 27 de diciembre), en donde se establecía con carácter general como jornada ordinaria en la Administración General del Estado, la de 37 horas y 30 minutos semanales de promedio en cómputo anual, equivalente a mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales].

Posteriormente, el artículo 4 del Real decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, y por el que se regula la situación de prórroga presupuestaria ha previsto que la jornada ordinaria de trabajo sea, de promedio semanal, no inferior a las 37

horas y 30 minutos, refiriéndola «al conjunto del sector público estatal».

En el ámbito de la Administración local, existe una previsión legal expresa de sujeción a la normativa básica estatal en esta materia, y así el artículo 94 de Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), establece que la jornada de trabajo en cómputo anual de sus funcionarios, así como la regulación sobre equivalencia y reducción de jornada, debe ser la misma que para los funcionarios de la Administración civil del Estado.

En el ámbito de la Administración de Castilla-La Mancha, el art. 11 de la Ley 3/88 de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha disponía en su punto 3.k), que corresponde al Consejero de Presidencia autorizar los regímenes de jornada y horarios especiales, lo que fue desarrollado en el artículo 2 de la Orden de 12 de mayo de 1989 sobre horarios de trabajo y vacaciones del personal funcionario (Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 21/1989, de 16 de mayo de 1989) que fijaba la jornada horaria a los funcionarios de carrera, funcionarios interino y personal eventual que presten servicios en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

De conformidad con esta habilitación legal la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ha regulado mediante sucesivos decretos la regulación de la jornada laboral de sus empleados públicos y siempre se ha considerado que esta regulación derivaba de la potestad organizativa que el Estatuto de Autonomía atribuía a la propia Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y así por ejemplo en el artículo 2 del Decreto 88/2003, de 27 de mayo de 2003, por el que se regula la Jornada del Personal al Servicio de las Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se fija la jornada laboral al personal dependiente de las Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha que percibe sus retribuciones conforme al Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del INSALUD. Según el preámbulo del citado Decreto, el fundamento para determinar la jornada de trabajo del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud

de Castilla-La Mancha se encuentra en el artículo 31.1. 1ª, y artículo 39. Tres del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en donde se atribuye esta competencia a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Por su parte, en el artículo 2 de la Orden de 7 de septiembre de 2009, de la Consejería de Administraciones Públicas y Justicia, sobre horarios de trabajo y vacaciones del personal funcionario (Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 179/2009, de 14 de septiembre de 2009) se establece la jornada laboral del personal funcionario de carrera e interino que preste sus servicios en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos públicos.

En el artículo 1.1 de la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales (Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 44/2012, de 29 de febrero de 2012) se señala que: «La jornada semanal de trabajo para el personal al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cualquiera que sea su régimen jurídico, será de treinta y siete horas y treinta minutos». Hay que destacar que en la propia exposición de motivo se incluye esta medida dentro de las relativas a la organización del personal al servicio de la Administración regional, con fundamento en la competencia de auto organización de que goza la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, cuya base se asienta sobre el art. 31. 1. 1ª del Estatuto de Autonomía y se liga al art. 39.3 del mismo texto legal.

Finalmente, el artículo 1 de la Ley 7/2015, de 2 de diciembre, por la que se modifican la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en materia de jornada de trabajo, y la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015, en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal funcionario y estatutario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 244/2015, de 16 de diciembre de 2015), al igual que en toda la serie normativa histórica como se ha podido observar, regula la jornada general de trabajo del

- c) La regulación de la jornada y horario de trabajo es un elemento esencial intrínseco a la organización, régimen y funcionamiento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que afecta además a otras competencias exclusivas de Castilla-La Mancha²⁷⁴.

personal al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cualquiera que sea su régimen jurídico, del personal al servicio de las instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, personal de las entidades del sector público de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha...

²⁷⁴ La regulación específica de las horas que constituyen la jornada mínima tan solo afectaría a la propia estructura de cada una de las administraciones y al aparato administrativo de cada Comunidad Autónoma y por tanto, no requiere este grado de homogeneidad e igualdad en los horarios de todos los empleados públicos, atendiendo a la diversidad de objetivos, tareas, competencias, estacionalidades, situaciones geográficas...de las diferentes administraciones en las que pretende implantarse esta jornada laboral mínima.

Por tanto, la determinación de la jornada y el horario de trabajo que han de realizar los empleados públicos de una Administración constituye, en sí misma, una medida que se engloba y está amparada dentro de las relativas a la organización del personal al servicio de la Administración regional, con fundamento en la competencia exclusiva de auto organización de que goza la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, cuya base se asienta sobre el art. 31. 1. 1ª del Estatuto de Autonomía y se liga al art. 39.3 del mismo texto legal. Además, está intrínseca y directamente relacionada con el correcto cumplimiento del ejercicio del resto de competencias atribuidas en su Estatuto de Autonomía y en las normas de transferencia, a los efectos de una adecuada prestación de servicios públicos a la ciudadanía por parte de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (educación, sanidad, servicios sociales...).

3º) Las competencias del Estado en materia de legislación laboral, artículo 149.1.7 CE y bases y coordinación de la actividad económica, artículo 149.1.13 CE, no han sido infringidas

Bajo este apartado se encuadrarían las siguientes alegaciones:

a) La competencia del Estado en materia de legislación laboral, artículo 149.1.7 CE, no habría sido infringida de conformidad con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional²⁷⁵.

²⁷⁵ La doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que: «*la Constitución Española atribuye al Estado la ordenación general en materia laboral, pues las Cortes Generales y no las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, son las que ostentan la potestad legislativa en el ámbito de lo laboral*» (STC 33/1981). Además, ha señalado que la expresión «*legislación*» que define la competencia exclusiva del Estado en materia laboral ha de ser entendida «*en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas*» (STC 35/1982) afirmando que la exigencia de uniformidad que informa el título competencial del Estado sobre legislación laboral determina que «*ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normación estatal*» (STC 195/1996; STC 51/2006).

Sin embargo, la doctrina constitucional ha delimitado el concepto de legislación laboral indicando que: «no puede ser entendido también como potencialmente ilimitado en función del segundo, cosa que inevitablemente sucedería si el adjetivo «laboral» se entendiera como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo. Es por ello forzoso dar a ese adjetivo un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiendo por consiguiente como

Se argumenta que la competencia del 149.1.7 CE en materia laboral debe ser entendida en el sentido restrictivo que le ha atribuido el Tribunal Constitucional, lo que comporta limitar el contenido de la competencia del Estado sobre la legislación laboral específicamente a la normativa que regula directamente la relación laboral, es decir la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, a favor de los que y bajo la dirección de quienes prestan estos servicios (STC 360/1993, de 3 de diciembre, FJ 4) o también a la que concierne a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral (STC 95/2002, de 25 de abril, FJ 8). De ello se deriva, a juicio de ambas partes demandadas, que la fijación de la duración de la jornada de trabajo del personal laboral del sector público no es objeto propio de la legislación laboral en el sentido, según hemos visto, que le atribuye la jurisprudencia constitucional, puesto que no constituiría una regulación directa de las relaciones que existen entre el trabajador y el empresario, en este caso, la Administración, para el que trabaja, sino que la propia norma reguladora del estatuto del personal al servicio de la Administración (artículos 47 y 51 TREBEP) la concibe como una materia que pertenece a la competencia de la Administración para organizar sus servicios.

legislación laboral, aquella que regula directamente la relación laboral, es decir, para recoger los términos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios (...)» (STC 35/1982), incluyendo también la concerniente a «la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral» (STC 95/2002).

Por ello, el artículo 47 en relación con el artículo 51 TREBEP remiten a cada Administración la regulación concreta de cada jornada y su cuantificación mínima, siendo que en el ámbito de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha esta potestad de auto organización se proyecta sobre las condiciones de trabajo de los empleados del sector público laboral de acuerdo con el artículo 53 del VII Convenio Colectivo para el Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cuya inscripción y publicación fue acordada por Resolución, de 26 de julio de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral (DOCM núm.149, de 2 de agosto de 2013).

En consecuencia, la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 no tendría amparo en la competencia del Estado del art. 149.1.7 CE e invadiría la competencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

b) La competencia del Estado en materia de bases y coordinación de la actividad económica, artículo 149.1.13 CE, no ha sido infringida

Se alega que hay que partir de la base que no cualquier medida que se declare con fundamento en un objetivo de política económica general resultaría per se constitucionalmente legítima y amparada por el artículo 149.1.13^a CE, ya que de admitirse en términos absolutos, supondría reconocer al Estado la posibilidad de modificar el orden de distribución competencial que deriva de la propia Constitución Española desde el argumento de la mera

conexión de una concreta previsión legislativa o de mera ejecución con fines de ordenación general de la economía.

El propio Tribunal Constitucional²⁷⁶, para una adecuada interpretación del citado precepto, exige por una parte que la

²⁷⁶ En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha declarado que en supuestos de concurrencia de unas competencias autonómicas específicas y una genérica competencia estatal en materia de ordenación general de la economía, es imprescindible que la regulación tenga una directa relación con la dirección de la economía (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 36) o constituir una medida económica general (STC 24/2002, de 31 de enero, FJ 5), y que, en todo caso, la materia regulada con este título tenga una directa, real y significativa incidencia sobre la actividad económica general de la competencia objeto de controversia, ya que en caso contrario insiste, sería tanto como vaciar de contenido el título competencial más específico (STC 45/2001, STC 112/95, STC 21/99, STC128/99...).

La transversalidad del título impone una interpretación restrictiva de su contenido «de forma tal que (no) vacíe toda competencia comunitaria dotada de una cierta dimensión económica» (STC 125/1984, de 20 de diciembre, FJ 1); así como la regla o test de la incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, la cual impide que «dicha competencia estatal [se extienda] hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica [...] pues, en otro caso, se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico» (STC 77/2004, de 29 de abril, FJ 4).

Además, se ha considerado que la consecución de objetivos de política económica ha de instrumentarse «a través de, no a pesar de los sistemas de distribución de competencias» [STC 61/1997, FJ 24 d)], de manera que la coordinación de la planificación general de la actividad económica debe promoverse desde el respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas, no soslayando el reparto competencial que deriva del bloque de constitucionalidad. Por su parte, el Tribunal Constitucional define esta línea de actuación para impedir la asunción por el Estado de manera ilimitada de actuaciones

competencia del Estado para establecer las bases y la coordinación de la ordenación general de la economía tenga en cuenta las competencias sectoriales que hayan asumido las Comunidades Autónomas, y, por otro lado, que cuando el art. 149.1.13 emplea el término general, este debe quedar limitado para aquella actuación del Estado que deba tener una importancia esencial y vital para el conjunto de la economía española, puesto que solo en estos casos deberá el Estado acudir a este título competencial para intervenir.

En definitiva, se debería concluir que la invocación formal y genérica de la contención del gasto público no puede constituir un argumento suficiente para entender que la regulación de la jornada y horario de los empleados públicos tiene encaje en las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del art. 149.1.13 CE, ya que de no ser así, a través de este mecanismo, se estaría permitiendo alterar sustancialmente el régimen de distribución de competencias fijado en la Constitución Española entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que además sería especialmente grave cuando, como sería el caso, la norma incide en el sector público y se proyecta sobre las competencias exclusivas de una

del ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas cuando señala que «ni la competencia en materia de coordinación ni la competencia sobre las bases de la planificación autorizan al Estado para atraer hacia su órbita de actividad cualquier competencia de las Comunidades Autónomas por el mero hecho de que su ejercicio pueda incidir en el desarrollo de las competencias estatales sobre determinadas materias».[STC 227/1988, FJ 20 e)]

Administración autonómica, en este caso la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En conclusión, la disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 no regularía condiciones económicas sino la extensión horaria de la jornada de trabajo sin que ello comporte un aumento retributivo, por tanto en sí misma no constituiría una regulación económica y así no concurre el presupuesto necesario para considerar la medida que articula la norma como esencial para el conjunto de la economía, y tampoco sería una norma que incidiría de manera directa en las partidas presupuestarias, es decir no limita el gasto de manera efectiva, por todo ello no está amparada por el título competencial del art. 149.1.13 CE.

3.- CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Con carácter previo a entrar al fondo del asunto, por el Tribunal Constitucional se da respuesta, en primer término, a la alegación de ambas representaciones procesales respecto a que la Ley 2/2012 habría sido derogada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, considerando que ya había sido resuelto en la STC 99/2016, de 25 de mayo, donde se abordó el análisis del fondo del recurso y resolvió desestimarlos al considerar que la Ley 2/2012 no solo estaba vigente, sino que además constituía legítimo ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en los números 7 y 18 del art. 149.1 CE, concluyendo que la disposición adicional

septuagésimo primera de la Ley 2/2012, a pesar de haberse aprobado con posterioridad el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, estaría vigente en la actualidad, lo que conllevaría en este proceso que sea el parámetro mediato de control conforme al que corresponde realizar el juicio de constitucionalidad que se planteaba en el recurso.

Por el TC, a la vista de los títulos competenciales invocados por la Abogacía del Estado, se descarta que esté en juego las competencias del art. 149.1.13ª CE, que atienden más a la finalidad de contención del gasto que puede motivar una cierta delimitación de la jornada de trabajo, de manera que los títulos competenciales en litigio serían, por tanto, únicamente los contemplados en el 149.1.18ª CE y 149.1.7ª CE, es decir la regulación básica de los derechos y deberes del personal del sector público que tenga la condición de funcionario y la materia de legislación laboral, respectivamente.

A continuación, y dentro del ámbito material del régimen jurídico del personal del sector público autonómico, por el Tribunal Constitucional se declara que en ese ámbito concurren competencias autonómicas junto con competencias estatales:

- El Estado sería competente ex art. 149.1.18ª CE para establecer la regulación básica de los derechos y deberes del personal del sector público que tenga la condición de funcionario, incluido el que forme parte de la función pública autonómica; y en cuanto al personal del sector público autonómico que tenga un vínculo laboral resultaría de aplicación la competencia exclusiva que atribuye al

Estado el art. 149.1.7ª CE en materia de legislación laboral

- Las Comunidades Autónomas tendrían competencias respecto de aquella parte de su personal que tenga la condición de funcionario, en cuanto al desarrollo legislativo de la regulación básica estatal ex art.149.1.18º CE y su ejecución. Correspondería también a las Comunidades Autónomas, esta vez respecto de todo el personal a su servicio, independientemente de que su vínculo sea funcionarial o laboral, y en virtud de las competencias que sus Estatutos les reconozcan, la competencia para organizar sus instituciones en general, y el personal a su servicio, en particular, la determinación de las condiciones concretas de trabajo de dicho personal

Una vez sentado lo anterior, por el TC se declara, y este es uno de los aspectos esenciales de la sentencia, que teniendo en cuenta que el Estado tiene competencias para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, esta expresión ha de entenderse referida a los de todas las Administraciones públicas, incluyendo materialmente en su ámbito, en principio, la normación relativa *"a los derechos y deberes"*, y dentro de ella la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo, que constituiría una previsión integrada en su esfera. Por tanto, para el TC la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo estaría dentro de las competencias estatales que le atribuye la regulación básica de los derechos y deberes del personal que ostente la condición de empleado público.

Por otra parte, se considera que la circunstancia de que la previsión examinada no se hubiera contemplado en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) no constituiría obstáculo para que, en virtud de la competencia normativa indicada, el legislador estatal pueda proceder a su posterior incorporación en una disposición posterior dada la mutabilidad de las bases²⁷⁷.

En relación con el personal laboral del sector público, en donde hay que tener en cuenta que el art. 149.1.7 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación, el precepto estatal fija una jornada mínima, lo que conlleva, por su propia naturaleza, una prohibición de que la jornada laboral en el sector público pueda ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

En cuanto a la alegación de que la disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012 es inconstitucional ya que su mandato normativo no reúne las condiciones para formar parte de una ley de presupuestos, se remite íntegramente a lo ya resuelto en la STC 99/2016, FJ 8, en los siguientes términos:

"8...la jornada mínima de trabajo que el legislador introduce para el personal del sector público va acompañada en la norma cuestionada por la previsión expresa de que las modificaciones de jornada que se lleven a cabo para adaptarse a esta medida "no supondrán incremento retributivo alguno", encontrándonos

²⁷⁷ El TC ha declarado que: *"siendo mudables las bases (STC 1/2003, de 16 de enero), también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo"* (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60).

ante una previsión que, en su conjunto tiene la evidente finalidad de contribuir a la contención del gasto público.

No existe duda, por tanto, de que la disposición impugnada tiene una conexión directa con los gastos del Estado y con los criterios de política económica, pues, al tiempo que prohíbe establecer incrementos retributivos en el supuesto regulado, potencia el ahorro económico en la cobertura de las necesidades de personal en el sector público. De este modo la regulación cuestionada es bien distinta a la enjuiciada en otros pronunciamientos... (SSTC 174/1998, 203/1998 y 234/1999), por lo que la conclusión a alcanzar ha de ser diferente, debiendo ahora declarar la idoneidad de la Ley de presupuestos generales del Estado para introducir la medida que aquí se controvierte (SSTC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 12; y 96/1990, de 24 de mayo, FJ 4 -respecto a la fijación de límites máximos al aumento de retribuciones del personal del sector público).

Consiguientemente, hemos de desestimar la queja de que la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 vulnera el art. 134.2 CE".

Finalmente, se da respuesta a la cuestión de si las potestades que su Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para organizar sus instituciones en general (art.31.1.1),y en particular el personal a su servicio (art.39.3), ampararían la aprobación de la norma autonómica objeto de impugnación, declarándose por el TC que si bien la fijación de una jornada mínima para los empleados públicos de Castilla-La Mancha incumbe a la Comunidad Autónoma, en virtud de sus competencias exclusivas de organización interna de sus instituciones, el ejercicio de esta competencia exclusiva

autonómica para organizar sus propios servicios no podría desconocer las normas que el Estado haya podido aprobar en virtud de los títulos competenciales estatales y que incidan en el ámbito material del régimen jurídico del personal del sector público autonómico. A continuación, se procede a confrontar el texto de ambas normas, estatal y autonómica, para concluir que son incompatibles y que el art. 1 de la Ley autonómica 7/2015, a pesar de que los arts. 31.1.1 y 39.3 de su Estatuto de Autonomía atribuyen a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha competencia para dictarlo, no resulta ser un ejercicio constitucionalmente legítimo de la misma porque desconoce una norma que el Estado ha aprobado en uso de las competencias que le corresponden sobre el ámbito material del régimen jurídico del personal del sector público autonómico, en este caso la disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, que ha sido dictada al amparo de las cláusulas 7ª y 18ª del art 149.1.1 CE.

4.- CONCLUSIONES

Un aspecto que, en primer lugar, probablemente llame la atención es la celeridad del Tribunal Constitucional en la resolución de este recurso de inconstitucionalidad, puesto que se ha pronunciado en apenas 5 meses (en fecha 21 de septiembre de 2016 tuvo acceso al Registro del TC el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Abogacía del Estado, y la sentencia judicial está fechada el 22 de septiembre de 2016), antes y sin necesidad incluso de dar respuesta a la solicitud del levantamiento de la medida de suspensión de la ley autonómica

que instaban ambas representaciones procesales, plazo de respuesta que no suele ser práctica habitual en nuestro Alto Tribunal en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad²⁷⁸.

Si bien es cierto que en recientes pronunciamientos del TC se podía apreciar una posición constitucional que apuntaba en esta dirección, ello se había realizado de forma más limitada y con carácter excepcional (profesorado de enseñanzas generales no universitarias), por lo que una de las cuestiones jurídicas relevantes que conviene destacar de la sentencia objeto de comentario es, sin duda, la declaración del TC consistente en que la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo estaría dentro de las competencias estatales que le atribuye la CE sobre la regulación básica de los derechos y deberes del personal que ostente la condición de empleado público.

Por ello, esta sentencia del Tribunal Constitucional, en cuanto a la competencia para la fijación del horario o jornada laboral mínima de los empleados públicos de las AA.PP., viene a ampliar y extender este extremo, en todo caso de forma considerable y con mayor contundencia, atribuyéndoselo a la competencia del Estado.

En todo caso, sí que a mi modo de ver se echa en falta en la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 22 de septiembre, un análisis jurídico de mayor profundidad de las

²⁷⁸ Cabe señalar, a mero título de ejemplo, que el recurso de inconstitucionalidad que da origen a la STC 99/2016, de 25 de mayo de 2016, que es citada en diversas ocasiones, fue resuelto al cabo de más de 3 años.

peculiaridades que, sin duda, presentaba este recurso de inconstitucionalidad, y que fueron puestas de manifiesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y las Cortes de Castilla-La Mancha. Así por ejemplo, se puede apreciar como para resolver una de las alegaciones principales de los representantes procesales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las Cortes, que la fijación de la jornada mínima laboral en la Administración Pública establecida en la Ley 2/2012 habría sido derogada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se resuelve limitándose a remitir a una sentencia precedente del propio TC²⁷⁹ que no ha podido resolver el mismo supuesto que se planteaba ahora, en la medida que cuando se interpuso el recurso por el Gobierno de Cataluña todavía no había sido aprobado el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y tampoco allí se ha desarrollado todavía el TREBEP.

Y es que no se puede obviar que, como expresamente se reconoce por el propio TC, *“La controversia sobre la que tenemos que resolver se encuadra en el ámbito del régimen jurídico del personal del sector público autonómico”* por lo que la citada alegación relativa a la derogación de la Ley 2/2012 por el TREBEP cobraba especial relevancia, y debiera haber sido objeto de un tratamiento preferente en la sentencia judicial, dando una respuesta suficientemente motivada por parte del Tribunal Constitucional.

²⁷⁹ STC 99/2016, de 25 de mayo de 2016.

Por otra parte, tampoco se puede dejar de reseñar que el TC declara que el carácter mínimo de la jornada prevista en la norma estatal dejaría todavía margen de maniobra a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de su competencia en este ámbito, si bien ello solamente resulta admisible en un plano teórico ya que, desde un punto de vista práctico, no es realista puesto que solamente admitiría la posibilidad de ampliar la duración de la jornada de los empleados públicos, y, en su caso hasta las 40 horas semanales, cuestión que ya se puso de manifiesto en el voto particular del Magistrado Exmo. Sr. Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 99/2016, de 25 de mayo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1743-2013, que desestimó la impugnación de la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012.

Finalmente, subrayar que la sentencia del TC resolviendo las cuestiones jurídicas planteadas, y que han sido ampliamente expuestas en este comentario, es jurídicamente controvertida como muestra el hecho de la existencia de 3 votos particulares²⁸⁰.

²⁸⁰ «*VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2165-2016, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos:*

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, formula Voto Particular tanto a la fundamentación como al fallo de esta Sentencia.

Las razones de mi discrepancia son las que ya quedaron especificadas en mi Voto Particular a la STC 99/2016, de 25 de mayo, dictada en el

recurso de inconstitucionalidad núm.1743-2013, que desestimó la impugnación de la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012.

La estimación del presente recurso de inconstitucionalidad se basa enteramente en la contradicción del precepto autonómico recurrido con la citada norma estatal que, a mi juicio, ni puede ser considerada norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos ex art. 149.1.18 CE, ni respeta los límites fijados por la jurisprudencia constitucional en relación con los límites de las leyes de presupuestos, derivados del art. 134.2 CE.”

“COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONSTITUCIONAL 140/2016, DE 21 DE JULIO DE 2016: NULIDAD DE LAS TASAS JUDICIALES”

Roberto Mayor Gómez

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

Fecha de finalización de trabajo: 07/10/16

1. ANTECEDENTES

El artículo 3 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses²⁸¹, que entró en vigor el 1 de enero de 2013, contenía una tasa, cuya cuantía se fijaba en su artículo 7, que se configuraba como un tributo de carácter estatal que debían satisfacer las personas jurídicas y las personas físicas, salvo supuestos excepcionados, por acudir a los Tribunales y hacer uso del servicio público de la Administración de Justicia.

²⁸¹ BOE núm. 280 de 21 de noviembre de 2012.

Así, por ejemplo, en el ámbito contencioso administrativo el hecho imponible estaba constituido por la interposición de la demanda o la interposición de los recursos de apelación contra sentencias y de casación en el orden contencioso-administrativo.

Esta Ley 10/2012, de 20 de noviembre fue modificada posteriormente en dos ocasiones, a través del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, y más recientemente por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, cuya novedad más importante fue la eliminación de la tasa judicial para las personas físicas en todas las jurisdicciones e instancias.

La regulación originaria de las tasas judiciales que se contenía en la citada Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y sus posteriores modificaciones, fueron objeto de diversos recursos y cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional²⁸².

²⁸² Entre otros, se pueden citar: recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2013, contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 7 («B.O.E.» 23 marzo 2013); recurso de inconstitucionalidad núm. 4972-2013, contra los arts. 1; 2 c), e) y f); 4; 5.2 y 3; 6; 7 y disposición final primera de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses («B.O.E.» 7 octubre); recurso de inconstitucionalidad núm. 4948-2013, contra los arts. 2.e) y 7 de la presente Ley en relación con su aplicación al recurso de casación foral aragonés («B.O.E.» 7 octubre); cuestión de inconstitucionalidad núm. 7601-2014, en relación con los arts. 2.e), 7.1, 7.3, 8.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en la redacción dada a los mismos por el Real Decreto-ley 3/2013 por posible vulneración de los arts. 14 y 24.1 de la CE., y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC, reservar para sí el

Uno de los recursos de inconstitucionalidad fue el registrado bajo el número 973-2013, interpuesto por ciento nueve Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, contra los arts. 1, 2, 3, 5, 6, 7 y 11 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, que daría lugar a la Sentencia del Pleno núm.140/2016, de 21 de julio de 2016 (BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016).

De forma resumida, los recurrentes alegaban que la Ley impugnada vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en sus vertientes de acceso a la jurisdicción y acceso al recurso, por dos motivos fundamentales:

1º) por exigir dicha tasa a la generalidad de las personas físicas y jurídicas

2º) por mantener y, en su caso, elevar las cuantías fijadas en el art. 35 de la Ley 53/2002, añadiendo además su imposición para

conocimiento de la presente cuestión («B.O.E.» 30 abril); cuestión de inconstitucionalidad núm. 3667-2015, en relación con el artículo 2 e) y 7.1 y 3 de la presente Ley, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2013, por posible vulneración del artículo 24.1 de la CE., y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC deferir a la Sala Segunda, a la que por turno objetivo le ha correspondido, el conocimiento de la presente cuestión («B.O.E.» 9 octubre); cuestión de inconstitucionalidad núm. 6987-2015, en relación con los artículos 2.e) y 7.1 y 2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, por posible vulneración del artículo 24.1 de la CE («B.O.E.» 26 enero)...

poder interponer los recursos de suplicación y casación en el orden social, produciendo el resultado de impedir en unos casos y de disuadir en otros, el ejercicio del mencionado derecho de acceso

Además de la mencionada infracción del art. 24.1 CE, se alegaba que la Ley 10/2012 generaba situaciones contrarias tanto al derecho fundamental de igualdad ante la ley del art. 14 CE, como a los principios de los arts. 31.1, 103.1 y 106.1 CE.

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA JUDICIAL

A pesar de que se impugnaban diversos preceptos de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, como consecuencia de diversas excepciones y óbices procesales puestos de manifiesto por la Abogacía del Estado y estimados por el Tribunal Constitucional, finalmente únicamente se analiza y da respuesta de fondo por el Tribunal Constitucional a los artículos 1, 3.1 y 7 de la citada norma.

En cuanto al artículo 1 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre,²⁸³ por el TC se concluye que el mero hecho de la

²⁸³ A continuación, se reproduce el contenido del precepto: *“Ámbito de aplicación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social tiene carácter estatal y será exigible por igual en todo el territorio nacional en los supuestos previstos en esta Ley, sin perjuicio de las tasas y demás tributos que puedan exigir las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas*

previsión de una tasa judicial no puede ser catalogada de inconstitucional, dado que no vulnera los arts. 24.1, 106.1 y 119 CE (con cita en otras resoluciones judiciales precedentes del TC²⁸⁴ que ya se habían pronunciado sobre si la existencia de una tasa judicial vulneraba o no el derecho a la tutela judicial efectiva²⁸⁵).

En relación con el artículo 3 de la Ley 10/2012 se declara la pérdida sobrevenida de objeto.

Respecto del artículo 7 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre,²⁸⁶ que es el precepto que contenía las cuantías de

competencias financieras, los cuales no podrán gravar los mismos hechos imposables.”.

²⁸⁴ STC 16/1994, STC 20/2012...

²⁸⁵ En el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ya se introdujo una tasa judicial declarada constitucional en la STC 20/2012.

²⁸⁶ El contenido del precepto era el siguiente: “*Determinación de la cuota tributaria: 1. Sin perjuicio de su modificación en la forma prevista en el artículo 8, será exigible la cantidad fija que, en función de cada clase de proceso, se determina en la siguiente tabla: En el orden jurisdiccional civil: Verbal y cambiario: 150 €; Ordinario: 300 €; Monitorio, monitorio europeo y demanda incidental en el proceso concursal: 100 €; Ejecución extrajudicial y oposición a la ejecución de títulos judiciales: 200 €; Concurso necesario: 200 €; Apelación: 800 €; Casación y extraordinario por infracción procesal: 1.200 €.*

Cuando después de la oposición del deudor en un monitorio se siga un proceso ordinario se descontará de la tasa la cantidad ya abonada en el proceso monitorio.

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: Abreviado: 200 €; Ordinario: 350 €; Apelación: 800 €; Casación: 1.200 €.

En el orden social: Suplicación: 500 €; Casación: 750 €.

las tasas, por el Tribunal Constitucional se declara la inconstitucionalidad y nulidad de las tasas fijadas tanto para el acceso a la jurisdicción como para la interposición de recursos al considerar que las cuantías son desproporcionadas y vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos reconocido en el art. 24.1 CE (respecto de las personas físicas, dado que el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero ya excluía su aplicación a las personas físicas declara que se habría producido la pérdida sobrevenida de objeto).

En concreto, el Tribunal Constitucional señala que: *“En definitiva, no se aprecia razón y justificación alguna que acredite que se haya tenido en cuenta que las cuantías establecidas por el art. 7 de la Ley 10/2012, para la interposición de recursos, se adecuen a una capacidad económica que no exceda de la que pueda poseer una persona jurídica; razón por la que esas tasas resultan contrarias al art. 24.1 CE”.*

Y por todo ello, en el fallo de la sentencia judicial del Tribunal Constitucional se declara: *“la inconstitucionalidad y nulidad del art. 7, apartado 1, de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los siguientes incisos: “en el orden jurisdiccional civil: ... apelación: 800 €; casación y extraordinario por infracción procesal: 1.200 €”; “en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: abreviado: 200 €; ordinario: 350 €; apelación: 800 €; casación: 1.200 €”; y “en el orden social: suplicación:*

2. Deberá satisfacerse, además, la cantidad que resulte de aplicar a la base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior el tipo de gravamen que corresponda, según la siguiente escala: De: 0 A: 1.000.000 €: Tipo por 100: 0,5; Resto: Tipo por 100: 0,25; Máximo variable: 10.000 €.”.

500 €; casación: 750 €"; con los efectos indicados en el anterior fundamento jurídico 15.

4º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 7, apartado 2, de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, con los efectos indicados en el anterior fundamento jurídico 15".

3. CONCLUSIONES

Por una parte, el TC confirma que el mero hecho del establecimiento de un sistema de tasas judiciales por acudir a los Tribunales y hacer uso del servicio público de la Administración de Justicia puede ser conforme a la C.E siempre que sea respetuoso con el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) garantizado en la Constitución Española.

Lo que se declara por tanto inconstitucional por el TC es la cuantía de las tasas judiciales que se contenían en la Ley 10/2012 al considerar que no resultan justificadas, aunque el fallo estaría limitado a las tasas judiciales exigidas a las personas jurídicas (ya que las reformas posteriores de la Ley 10/2012, realizadas por el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero y Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, habían primero reducido y posteriormente excluido del pago del tributo a las personas físicas, por lo que el Tribunal Constitucional declara extinguido el objeto del recurso en lo que se refería a dichas tasas).

Por tanto, desde el 15 de agosto de 2016 (fecha de publicación en el BOE de la sentencia 140/2016, de 21 de julio de 2016, del

Pleno del Tribunal Constitucional) dichas tasas judiciales ya no son exigibles por acudir a los Tribunales y hacer uso del servicio público de la Administración de Justicia.

En cuanto a si es posible reclamar o solicitar las tasas judiciales que hayan sido ya pagadas, por el propio Tribunal Constitucional se da respuesta a esta cuestión declarando que, en base al principio de seguridad jurídica, la declaración de inconstitucionalidad solo será eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme²⁸⁷.

²⁸⁷ El TC aclara que no procede ordenar la devolución de las cantidades ya pagadas, en relación con las tasas judiciales declaradas nulas, tanto en los procedimientos administrativos y judiciales finalizados por resolución firme, como en aquellos procesos aún no finalizados en los que la persona obligada al pago de la tasa judicial ya la abonó sin impugnarla, por impedirle el acceso a la jurisdicción o al recurso en su caso (art. 24.1 CE), deviniendo con ello firme la liquidación del tributo. La motivación o razonamiento que realiza el TC es que: *“Sin prescindir del perjuicio que tal devolución reportaría a la Hacienda Pública, resulta relevante tener en cuenta a estos efectos que la tasa no se declara inconstitucional simplemente por su cuantía, tomada ésta en abstracto. Por el contrario, hemos apreciado que dichas tasas son contrarias al art. 24.1 CE porque lo elevado de esa cuantía acarrea, en concreto, un impedimento injustificado para el acceso a la Justicia en sus distintos niveles. Tal situación no puede predicarse de quienes han pagado la tasa logrando impetrar la potestad jurisdiccional que solicitaban, es decir, no se ha producido una lesión del derecho fundamental mencionado, que deba repararse mediante la devolución del importe pagado”*.

**“COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA, SALA DÉCIMA, DE 14 DE
SEPTIEMBRE DE 2016, (ASUNTO C-596/14):
INDEMNIZACIONES DEL PERSONAL
INTERINO EN CASO DE DESPIDO”**

Roberto Mayor Gómez

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

Fecha de finalización de trabajo: 07/10/16

1. ANTECEDENTES

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala décima, de 14 de septiembre de 2016, (asunto C-596/14) tiene por objeto resolver una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante auto judicial de 9 de diciembre de 2014, que fue recibido en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 22 de diciembre de 2014.

Desde un punto de vista fáctico, los hechos que dan lugar al pronunciamiento judicial tiene los siguientes antecedentes:

La recurrente prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos laborales de interinidad, siendo el último contrato de interinidad celebrado el 17 de agosto de 2005, el cual tenía por objeto sustituir a la persona titular, en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical.

Como consecuencia de la revocación de la dispensa de trabajo de la titular de la plaza, por aplicación del Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad²⁸⁸, mediante oficio de 13 de septiembre de 2012, se citó a la recurrente para formalizar la documentación relativa a la finalización de su contrato con efectos a 30 de septiembre de 2012, y así permitir la reincorporación de la persona titular a su puesto de trabajo a partir del 1 de octubre de 2012.

En fecha 19 de noviembre de 2012, por la recurrente cesada se interpuso recurso ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid en el que impugnaba tanto la legalidad de su contrato de trabajo como las condiciones de finalización de éste.

El recurso fue desestimado mediante sentencia de 10 de septiembre de 2013, interponiendo la interesada recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, alegando básicamente que: los contratos de interinidad mediante los que fue contratada, se celebraron en fraude de ley, que su relación laboral debe convertirse en indefinida, y que en

²⁸⁸ BOE n.º 168, de 14 de julio de 2012, p. 5042.

consecuencia la extinción de tal relación implica el pago de una indemnización.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid aprecia por un lado que la contratación de la recurrente mediante un contrato de interinidad cumple, en principio, los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor, y, por otro, que la finalización de dicho contrato de trabajo está basada en una razón objetiva. No obstante, el citado órgano judicial se cuestiona si la recurrente tendría derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato.

El presupuesto del que se parte es que en el Derecho español existe una diferencia jurídica de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos, resultando esta desigualdad aún más evidente en lo que se refiere a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa²⁸⁹.

²⁸⁹ En el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tampoco en la normativa que le precede que es la que resultaba aplicable al caso enjuiciado, se reconoce derecho a indemnización en los contratos sometidos a interinidad en las AA.PP. Véase igualmente que en el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público no se contempla

Al Tribunal Superior de Justicia de Madrid se le plantean dudas en cuanto a la compatibilidad de la normativa nacional y el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos, enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo marco que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE, y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada²⁹⁰, en adelante Acuerdo[marco], tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por ello decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo [marco]?

2) Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un

indemnización alguna cuando se produce el cese de los funcionarios interinos.

²⁹⁰ DO 1999, L 175, p. 43.

trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?

3) Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

4) No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?»

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA JUDICIAL

La primera cuestión que se aborda por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, es la relativa a si se entiende comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo [marco].

Desde un punto de vista normativo, se expone que el Preámbulo del Acuerdo marco precisa, en su párrafo tercero, que éste *«ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer*

un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación», añadiendo que el considerando 14 de la Directiva 1999/70 declara que el objetivo del Acuerdo marco consiste, en particular, en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación²⁹¹.

En cuanto al objeto y finalidad de la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo [marco] por el TJUE se declara que tiene por finalidad aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada para impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida²⁹², y que debe interpretarse en el sentido de expresar un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva²⁹³.

²⁹¹ Sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 47; de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 40, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 22.

²⁹² Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 37; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 48, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 23.

²⁹³ Sentencias de 13 de septiembre de 2007 Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 38; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09,

En relación con el concepto y contenido del término «condiciones de trabajo» en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco, se subraya que el propio Tribunal de Justicia ya ha declarado que dentro de aquel concepto se incluyen, entre otros aspectos, los trienios²⁹⁴, o las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada.

El TJUE concluye que las anteriores consideraciones pueden ser íntegramente traspuestas a la indemnización que se plantea en el litigio principal, en la medida que la citada indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario y, por tanto, cumple los criterios anteriormente expuestos para incluirlo en el concepto de «condiciones de trabajo».

Por ello, se da respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial español, en el sentido que debe interpretarse que el concepto de «condiciones de trabajo» (que se contiene en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco) incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

EU:C:2010:819, apartado 49, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 24

²⁹⁴ Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58.

Las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta son resueltas de forma conjunta por el TJUE, para dar respuesta fundamentalmente a si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables.

Por el TJUE se declara que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado como se ha reconocido en diversos pronunciamientos²⁹⁵.

Por una parte, según el TJUE procede declarar que, en el caso enjuiciado, existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados²⁹⁶.

²⁹⁵ Entre otras, Sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 65.

²⁹⁶ Se citan pronunciamientos judiciales del propio TJUE: Autos de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 56; de 22 de junio de 2011, Vino, C-161/11, no publicado,

El principio de no discriminación que se reconoce en el Acuerdo marco únicamente tiene como ámbito de aplicación las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, no regulándose las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que es objeto de este procedimiento.

Por ello, lo que trata de determinar en primer término el TJUE es si las condiciones de trabajo de la recurrente son comparables a las reconocidas expresamente en el citado Acuerdo Marco, y por tanto les resultaría de aplicación.

El TJUE se anticipa, aunque se trata de una cuestión a enjuiciar por el órgano judicial nacional español, que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo ya que el propio hecho de que la mencionada recurrente ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo. En consecuencia, para el TJUE procedería considerar que la situación de trabajador con contrato de duración

EU:C:2011:420, apartado 28, y de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12, no publicado, EU:C:2013:150, apartado 43.

determinada de la recurrente en el litigio principal era comparable a la de un trabajador fijo.

Una vez fijada la premisa anterior, se analiza si concurre alguna justificación objetiva²⁹⁷ que enerve este tratamiento diferenciado considerándose por el TJUE que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco, no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté previsto en una ley²⁹⁸.

²⁹⁷ Según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el concepto de «razones objetivas» requiere que la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (véanse, en particular, las sentencias de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, EU:C:2007:509, apartados 53 y 58; de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 55; de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 73, y de 18 de octubre de 2012, *Valenza y otros*, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 51).

²⁹⁸ En el sentido expuesto se han pronunciado las siguientes resoluciones: sentencias de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 57; de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 y C-456/09,

Además, el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública para justificar el tratamiento diferenciado no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una «razón objetiva», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco, ya que ello equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada²⁹⁹.

Por todo ello, el TJUE procede a responder a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta considerando que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. Para el TJUE el mero hecho de que este trabajador hubiera prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a

EU:C:2010:819, apartado 54; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 72, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 50.

²⁹⁹ Pueden verse las siguientes resoluciones del TJUE: sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 56 y 57; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 74, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 52.

que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia, Sala Décima, resuelve finalmente que:

“1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.”

3. CONCLUSIONES

En primer lugar es necesario aclarar que, *strictu sensu*, la sentencia judicial del TJUE está referida a una trabajadora laboral de una AAPP en régimen de interinidad, lo que, en principio, sería un óbice u obstáculo jurídico para considerarla en este momento directamente aplicable a otro tipo de personal temporal en las AAPP (funcionario público o estatutario interino, por ejemplo).

Nos encontramos ante una sentencia judicial que, siguiendo una línea jurisprudencial del TJUE de años de evolución en relación con el personal interino en las AAPP³⁰⁰, puede acabar suponiendo un trascendental cambio en el régimen jurídico del personal interino y eventual en las Administraciones Públicas, con importantes consecuencias económicas en las arcas públicas.

En todo caso, ahora mismo resulta prematuro poder hacer un análisis jurídico profundo que permita conocer plenamente cuál puede ser el alcance, efectos y consecuencias de la sentencia judicial del TJUE en nuestro ordenamiento jurídico (efectos jurídicos particulares o generales, tipos de contratos que, en su caso se verían afectados, ámbito de aplicación, sector público o privado...).

³⁰⁰ Para conocer esta jurisprudencia puede verse el "Comentario a la sentencia dictada por la sala tercera del tribunal de justicia de la unión europea de 9 de julio de 2015 (asunto c-177/14) sobre la aplicación de la directiva 1999/70/ce de contratación de duración determinada al personal eventual: trienios", publicado en la Revista Gabilex nº3.

Téngase en cuenta que ya, a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala décima, de 14 de septiembre de 2016, (asunto C-596/14), por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que planteó la cuestión prejudicial se acaba de dictar la sentencia, en fecha 5 de octubre, (Sala de lo Social, sección 3ª, procedimiento Recurso de Suplicación 246/2014), en la que si bien se considera ajustado a derecho el despido de la recurrente como personal interino se declara que tiene derecho a una indemnización³⁰¹.

³⁰¹ En esta sentencia se declara que: *“Así pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016, rec.207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuenta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción, conforme se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es procedente, sin que pueda alterar esta*

Desde la publicación de la sentencia judicial del TJUE objeto de comentario se han sucedido múltiples reacciones contrapuestas desde distintos ámbitos (sindicatos, organizaciones empresariales, operadores jurídicos...) sobre el alcance y contenido de la citada resolución que parecen augurar que, en un corto plazo de tiempo, el derecho o no a la indemnización del personal temporal en las AAPP se convierta en un campo de batalla jurídica en nuestros Tribunales, máxime si se tiene en cuenta que según los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA)³⁰² existen aproximadamente 600.000 trabajadores que cubren la plaza de otros trabajadores en las AAPP, y que potencialmente podrían llegar a considerar que la sentencia judicial les resultaría de aplicación, lo que finalmente, y en todo caso, será resuelto por nuestro Tribunales.

calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación”.

³⁰² Según los datos de la Encuesta de Población Activa del II semestre del 2016: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4226> [consultado el 7 de octubre de 2016]

**“COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL PLENO
DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL
SUPREMO N° 494/2016 DE 15 DE JULIO DE
2016, REC 1290/2015 FIJACIÓN DE
DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL
RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN POR
COMPLACENCIA. VALIDEZ. POSIBILIDAD DE
IMPUGNACIÓN. PLAZOS”**

María Belén López Donaire

Doctora en Derecho.

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de Castilla-
La Mancha

I. ANTECEDENTES

Los hechos que anteceden al pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo, en adelante TS, tienen su origen en la demanda de D. Obdulio de impugnación de reconocimiento de filiación. En el año 2005 nació Carlota, hija biológica de doña Rosalía, sin que quedara legalmente determinada su paternidad. El 8 de septiembre de 2007 doña Rosalía contrajo matrimonio con don Obdulio. No es don Obdulio el padre biológico de Carlota. El 12 de noviembre de 2009 don Obdulio, en acta otorgada ante el Juez encargado del Registro Civil, reconoció a

Carlota como hija suya -sabiendo que no lo era en realidad- con el expreso consentimiento de doña Rosalía. Aproximadamente un año después del referido reconocimiento, cesó la convivencia conyugal entre don Obdulio y doña Rosalía. Ésta salió con su hija del domicilio familiar, e inició el procedimiento de divorcio. El 29 de marzo de 2012 el padre impugna la filiación resultante del reconocimiento de complacencia, hecho que la madre atribuyó al interés de su expareja por no seguir pagando la pensión a la menor.

Debe señalarse, además, que aunque el reconocimiento de filiación se produce durante el matrimonio, la hija reconocida había nacido antes del mismo: se trataría, por tanto, de una posible filiación no matrimonial que deviene matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores (artículo 119 del Código Civil), lo que tiene relevancia en los plazos de impugnación de la filiación.

El demandante alegó que la complacencia de la paternidad de la menor era nula de pleno derecho, puesto que no se correspondía con la verdad biológica.

En su demanda, el actor solicitaba la nulidad de dicho reconocimiento por falta de objeto y mencionaba: «Este es el reconocimiento de complacencia: es radicalmente nulo ab initio e insanable. De hecho, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas ocasiones rechaza la inscripción del reconocimiento alegando que "la regulación de la filiación en el CC se inspira en el principio la veracidad biológica de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y

concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad"».

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, partiendo de la premisa de que la filiación impugnada era matrimonial, y que se trataba de un reconocimiento por complacencia, por lo que por aplicación del artículo 136 del CC (y no del artículo 140 CC, que sería el aplicable de ser una filiación no matrimonial), el ejercicio de la acción está sujeta al plazo de un año, que en el presente caso se ha superado, pues reconocida la filiación en el Registro Civil el 12 de noviembre de 2009, la demanda no se plantea hasta el 29 de marzo de 2012

La citada sentencia fue objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora, y la audiencia provincial confirmó en lo sustancial la sentencia de primera instancia.

Frente a la citada resolución se interpuso recurso de casación por la parte actora, por infracción por inaplicación del artículo 140 CC, y por aplicación indebida del artículo 136 CC el cual es desestimado.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

En el fundamento de derecho segundo de la sentencia se explica de un modo claro qué es el reconocimiento de complacencia:

“Lo que caracteriza a los reconocimientos de que se trata es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción

de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza. Eso diferencia radicalmente los reconocimientos de complacencia de los denominados reconocimientos «de conveniencia»: con la finalidad de crear una mera apariencia de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere.”

La Sala comienza recordando las principales cuestiones jurídicas que los reconocimientos de complacencia de la paternidad (como el de autos) han planteado:

1ª) Si, por razón de ser de complacencia, esos reconocimientos son, o no, nulos de pleno derecho.

2ª) Asumiendo que la respuesta a la primera cuestión sea negativa: ¿cabe, o no, que el reconocedor de complacencia de su paternidad provoque la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, ejercitando una acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido?.

3ª) Asumiendo, que la respuesta a la segunda cuestión sea afirmativa: habiendo contraído matrimonio el reconocedor de complacencia y la madre del reconocido con posterioridad al nacimiento de éste, y habida cuenta de lo que dispone el art. 119 CC , la acción de impugnación de la paternidad que el

reconocedor podrá ejercitar ¿es la regulada en el art. 136 CC con un plazo de caducidad de un año, o la regulada en el art. 140.II CC con un plazo de caducidad de cuatro años (dando por supuesto que existió la correspondiente posesión de estado, como es natural cuando se trata de un reconocimiento de complacencia)?

Una vez fijado lo anterior, la Sala del Tribunal Supremo desestima el recurso, sentando la siguiente doctrina jurisprudencial:

1º.El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica, a pesar de ser esta la solución dada por la DGRN, por lo que se supera la doctrina de esta Sala establecida en la STS de 12 de julio de 2004;

2º. La Sala, en Pleno, manteniendo el criterio adoptado en la sentencia de 4 de julio de 2011, fija la doctrina siguiente³⁰³:

³⁰³ la acción es distinta si la paternidad es no matrimonial

Respecto a la segunda, manteniendo el criterio adoptado en la sentencia de 4 de julio de 2011, establece que cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el art. 136 CC si la paternidad determinada legalmente por

Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.

La Sala aclara:

- El artículo 136 CC no priva de dicha acción al marido que, en los casos que respectivamente contemplan los artículos 117 y 118 CC , haya reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o consentido la inscripción de la filiación como matrimonial, sabiendo o estando convencido de no ser el padre biológico del hijo de su cónyuge.
- El artículo 140 CC no priva de legitimación activa al reconocedor por el hecho de que haya reconocido sabiendo o

el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el art. 140.2 CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.

Las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica (arts. 10.1 y 39.2 CE) "pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad (arts. 9.3 , 39.3 y 39.4 CE) "

teniendo la convicción de no ser el padre biológico del reconocido

Además, añade que, "dado que no se trata de un reconocimiento «de conveniencia» o en fraude de ley, la regla *nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* no puede valer para impedir al reconocedor de complacencia el ejercicio de la expresada acción de impugnación de la paternidad".

También argumenta que, "como muestra una somera comparación de los artículos 737 y 741 CC, el reconocimiento es irrevocable; pero eso significa que el reconocedor no puede hacerlo ineficaz mediante una declaración de retractación. Es por tanto incorrecto calificar de revocación la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, sea o no de complacencia, a consecuencia de haber prosperado la acción de impugnación de la paternidad por no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido".

Por último dice en su sentencia: "Es cierto que el artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, prohíbe impugnar su paternidad al marido que haya prestado consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación de su mujer con contribución de donante o donantes; pero la diferencia entre ese tipo de casos y los reconocimientos de complacencia de la paternidad es clara y decisiva: el reconocedor de complacencia es ajeno a la decisión de la madre de engendrar al que será reconocido por aquél".

3º. En caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, la acción de impugnación de

la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CC, en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto.

El artículo 136 del Código Civil dispone que:

“1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo”.

El artículo 140 del CC señala que:

“Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique.

Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.

Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de alcanzar la mayoría de edad o de recobrar capacidad suficiente a tales efectos”.

En definitiva, partiendo de la existencia de una filiación matrimonial y aplicándose en consecuencia el plazo de caducidad de un año, la acción ha caducado. Matiza la sentencia que si el reconocimiento es posterior al matrimonio, el dies a quo del plazo de caducidad de un año será el día de la perfección del reconocimiento. Si el matrimonio es posterior, el día de su celebración; aunque, si hubiera caducado antes la acción para impugnar la paternidad no matrimonial, debería denegarse también al reconocedor la acción del artículo 136 CC, pues no parece lógico que disponga de un mayor plazo para impugnar por el simple hecho de haberse casado con la madre.

Por último, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo añade que no le parece justa una visión general de los reconocedores de paternidad como "personas frívolas o inconstantes cuyos caprichosos cambios de opinión no pueda el derecho tolerar" o a las que deba privárseles de toda posibilidad de reconstruir su vida afectiva y familiar".

"La solución de que, aun siendo reconocedores de complacencia, puedan tener esa posibilidad abierta durante los breves plazos

de caducidad establecidos con carácter general en los artículos 136 y 140.2 del Código Civil, nos parece una solución moderada, que conjuga adecuadamente los intereses en juego", concluyen los magistrados.

III. CONCLUSION

La situación descrita es, bastante frecuente pues basta comprobar las numerosas sentencias que sobre la materia ya habían recaído en el ámbito de nuestro Tribunal Supremo, teniendo por finalidad esta nueva sentencia del Pleno unificar y fijar la doctrina jurisprudencial en la materia: **En caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CC, en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto.**

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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

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

Para la publicación de **artículos doctrinales** y **reseñas de legislación o jurisprudencia** en la Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se someterá a las siguientes **BASES**:

1. Los trabajos que se presenten para publicación deberán ser originales e inéditos.
2. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
3. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
4. Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse por correo electrónico a la dirección de la revista (revistagabinetejuridico@jccm.es) en formato *word* o compatible.
5. En todo caso se utilizará letra tipo **verdana tamaño 11 para el texto principal, y verdana tamaño 10** para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o

tamaños de los indicados ni subrayados. El interlineado será a 1,5 espacios.

6. La primera página del ARTICULO o RESEÑA debe de incluir, por este orden:

- a. Título.
- b. Nombre y apellidos del autor/res, dirección postal y de correo-e.
- c. Profesión, título académico y centro de trabajo del autor/res.
- d. Índice o sumario
- e. Fecha de finalización del trabajo

7. Los trabajos deben incluir al final la bibliografía.

8. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

- a) En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del título del libro en cursiva, ciudad de edición, editorial, año, página/s.
- b) En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y páginas.
- c) Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos irán entrecomilladas.

9. Los autores cuyos trabajos sean publicados ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación.

10. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

Finalmente cualquier jurista que desee remitir una sentencia interesante o enviar un link sobre cualquier asunto jurídico puede hacerlo enviando un email a revistagabinetejuridico@jccm.es