

Nº 25
Primer trimestre 2021

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 25. Marzo 2021

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

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

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



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

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

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

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.



D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

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

D. David Larios Risco

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

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA	
D. Alfonso Sánchez García	15
ACERCA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE NAVARRA EN MATERIA DE TRÁFICO	
D. Francisco Negro Roldán	113
RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE GOBIERNO	
D. José Joaquín Jiménez Vacas.....	171
ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL: CUESTIONES PROCEDIMENTALES Y PROCESALES. EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR, Y SU REDACCIÓN EN EL RDL 6/2019	
D. Cecilia Alvarez Losa y D. Juan José González López	205



LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: LA ADJUDICACIÓN
DIRECTA COMO ALTERNATIVA AL CONCIERTO SOCIAL
D^a Arantza Martín Egaña 272

LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN
D^a María Maldonado Araque.....376

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN ESPAÑA:
IMPUNIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL
D^a María del Mar Imaz Montes.....441

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ESPACIO EUROPEO
DE INVESTIGACIÓN
D. Antonio Maniatis.....500

MECANISMOS DE CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE
OBRAS PÚBLICAS
D. Jans Erik Cavero Cárdenas..... 516

BASES DE PUBLICACIÓN 567



EDITORIAL

En el número 25 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. Alfonso Sánchez García con el artículo que lleva por título "Posibilidades y límites de las medidas de cooperación y coordinación interadministrativa en materia de contratación pública electrónica". El autor aborda con maestría como la interoperabilidad constituye un elemento de carácter "básico, estructural y esencial" de la administración electrónica y, en consecuencia, de la contratación pública electrónica.

A continuación, D. Francisco Negro Roldán analiza en un interesante y profuso trabajo la actualización de las competencias de Navarra en materia de tráfico.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. José Joaquín Jiménez Vacas que aborda el Régimen de los órganos colegiados de Gobierno.

Cecilia Alvarez Losa y Juan José González López en su artículo "Acoso laboral en el ámbito funcional: cuestiones procedimentales y procesales" analizan con brillantez las cuestiones procedimentales y procesales



más relevantes, que pueden plantearse en relación con el acoso laboral en el ámbito del empleo público.

D^a. Arantza Martín Egaña analiza pormenorizadamente los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social.

D^a María Maldonado Araque profundiza en un gran trabajo sobre la protección del interés superior del menor en los procesos de mediación.

D^a María del Mar Imaz Montes cierra la sección nacional con el artículo Crímenes de lesa humanidad en España: Impunidad y Derecho Internacional.

Por último, la sección nacional se cierra con dos trabajos, uno, de D. Antonio Maniatis que hace una reflexión sobre la contratación pública en el Espacio Europeo de Investigación y otro, de D. Jans Erik Cavero Cárdenas con el trabajo titulado "Mecanismos de control en la ejecución de obras públicas", un interesante artículo en el que aborda la contratación pública de obra, centrándose el autor específicamente en la fase de ejecución contractual

El Consejo de Redacción



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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

D. Alfonso Sánchez García

Contratado FPU-MECD. Derecho Administrativo.
Universidad de Murcia

Resumen: Buena parte de las cuestiones con fuerte implicación jurídica que surgen en relación a los medios e instrumentos electrónicos implementados en el funcionamiento de la contratación pública giran en torno al concepto esencial de interoperabilidad y el grado de consecución de la misma. Hecho que no ha de extrañar, al constituir este un elemento de carácter "básico, estructural y esencial" de la administración electrónica y, en consecuencia, de la contratación pública electrónica. La interoperabilidad se instituye en un objetivo irrenunciable para su viabilidad, hasta el punto de constituir un "nuevo principio jurídico del modelo de e-Administración".



No obstante, su consecución en España, al igual que en otros Estados de estructura descentralizada, presenta un rumbo más complejo para su consecución. El cual es abordado en el presente trabajo.

Abstract: Many of the issues with strong legal implications that arise in relation to the electronic means and tools used for public procurement procedures revolve around the essential concept of interoperability and its level of achievement. This is not surprising, as far as this concept constitutes a "basic, structural and essential" element of e-administration and, consequently, of e-procurement. Interoperability has become an essential objective for its viability, to the point of constituting a "new legal principle of the e-Government model".

However, its achievement in Spain, as in other states with a decentralised structure, presents a more complex path for its attainment. This one is tackled in the present work.

Palabras clave: Contratación pública electrónica, coordinación, cooperación, reparto competencial

Key words: Electronic public procurement, coordination, cooperation, division of competences

Sumario: I. Situación actual y evolución previa de la coordinación estatal y cooperación interadministrativa en materia de Administración electrónica y compra pública 1. Los medios de interoperabilidad en las primeras normas españolas de administración electrónica. 2. Aparición de sistemas de coordinación estatal en la Ley 20/2013 en el ámbito de la contratación pública. 3. El intento de las leyes 39/2015 y 40/2015 de apuntalar sistemas generales de coordinación estatal



para la administración electrónica española y su instauración efectiva por la LCSP. 4. La coordinación policéntrica introducida por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. II. Consideraciones sobre los límites y posibilidades de expansión de la coordinación estatal a la luz de las sentencias del TC de 2018 III. Bibliografía

I. SITUACIÓN ACTUAL Y EVOLUCIÓN PREVIA DE LA COORDINACIÓN ESTATAL Y COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y COMPRA PÚBLICA

1. Los medios de interoperabilidad en las primeras normas españolas de administración electrónica.

En el ámbito de la contratación pública electrónica en España podemos encontrar más de 20.000 perfiles del contratante¹. En consecuencia, un funcionamiento independiente por parte de estos daría lugar a una excesiva fragmentación en el acceso a este tipo de

¹ GARCÍA JIMÉNEZ, A., «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», *Revista de administración pública*, vol. 192, 2013 p. 386; GIMENO FELIÚ, J. M., «La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia», *Observatorio de la Contratación pública*, 2014 p. 2; GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», en *Seminario Teoría y Método-STEM*, Universidad Castilla La Mancha, 2016 p. 7; MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 40.



procedimientos o, en todo caso, a la información sobre los procedimientos de licitación. Fruto de aquella se produciría, necesariamente, una disminución de los efectos potenciadores de la concurrencia de los operadores económicos derivados del uso de medios electrónicos. Junto a ello, se generaría una mayor dificultad respecto de su gobernanza, toda vez que el uso de perfiles del contratante propios por parte de cada Administración territorial y su no presencia en plataformas centralizadas, como pudiera ser el Portal SIMAP o la PCSP, impide otro de los efectos propios de la contratación electrónica, cual es un mayor control de las actividades de contratación pública de los poderes adjudicadores locales y autonómicos² derivado de su integración en medios regidos por organismos externos, como puede ser la Dirección General de Patrimonio del Estado, en el caso de la PCSP, o la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en el caso del Portal SIMAP. Además, esta fragmentación podría acarrear la aparición, incluso dentro de nuestras fronteras, de problemas de interconexión entre las diversas soluciones implementadas, de modo que no puedan intercambiar información, dando lugar a un sistema en isla con fuertes limitaciones operacionales³.

² Ámbitos territoriales de los poderes adjudicadores en los que como determina la Comisión Europea los riesgos de corrupción son mayores. Véase *COM(2014) 38 de 3 de febrero: Informe sobre la lucha contra la corrupción*, Comisión Europea.

³ Sobre las ventajas derivadas del empleo de una única Plataforma electrónica de contratación, o de un acceso centralizado a la información disponible en las mismas, véase *COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*, Comisión Europea p. 4; *COM(1996) 583 final. Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, Comisión Europea, Bruselas, 1996 epígrafe 4.17. Sobre la inoperancia del sistema en isla véase



Es evidente que el enfrentamiento de tales problemas de fragmentación y aislacionismo técnico, semántico y organizativo de las soluciones tecnológicas implementadas debe ir de la mano del respeto a la autonomía y autoorganización de todas las Administraciones. Máxime cuando la administración electrónica ha supuesto una potenciación exponencial de las interrelaciones entre la dimensión interna y externa de la actividad administrativa, convirtiendo el objetivo de una interoperabilidad entre medios electrónicos, en Estados de fuerte descentralización como el español, en una cuestión tan esencial como “espinosa para la operatividad a gran escala de la administración electrónica”⁴.

El reto de la interoperabilidad supuso, lógicamente, una novedad respecto del funcionamiento en papel de la Administración que se manifestó en los primeros estadios de implementación de la administración electrónica. En estas primeras etapas⁵, el concepto de interoperabilidad se ceñía, principalmente, a una acción de “colaboración interadministrativa en materia tecnológica” entre Administraciones Públicas, desarrollado exclusivamente en el seno de lo que hoy

GAMERO CASADO, E., «Reparto competencia y posibilidades competenciales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, p. 89.

⁴ COM (2003) 567 final. *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, Comisión Europea, p. 3.

⁵ Sobre las diversas fases de evolución de la administración electrónica, véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009, pp. 48 y ss; OROFINO, A. G., «The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, 1, 2020, p. 123.



conocemos como dimensión interna de la administración electrónica o *back office*. Ejemplo de este estado del alcance del concepto de interoperabilidad puede apreciarse en la definición introducida por el art. 3.f) de la Decisión 2004/387/CE y que, desde nuestro punto de vista, refería una interconexión técnica, jurídica, organizativa, semántica y lingüística en clave puramente interna o de *back office*, al referirse solo a “la puesta en común de información y conocimientos”⁶.

Esta circunscripción del concepto de interoperabilidad a las relaciones interadministrativas y al ámbito de organización de cada una de ellas se vio superada posteriormente, hasta cobrar pleno significado en su dimensión externa y, por ende, afectando los derechos y el modo de relacionarse con la Administración de los ciudadanos⁷. Este enfoque de la interoperabilidad fue introducido con la incorporación de las definiciones del art. 3.b) de la Decisión 2004/387/CE, el art. 2 de la Decisión 922/2009/CE y el art. 2 de la Decisión 2015/2240/UE. En tales preceptos encontramos los conceptos de “servicios paneuropeos de administración

⁶ Dicha apreciación debemos mantenerla respecto de las definiciones contenidas en sendos artículos 2 de las Decisiones 2004/387/CE y 922/2009/CE, ya que lo que se refiere sobre la base de este concepto es la factibilidad de intercambio automático de información y datos entre las TIC empleadas en el ámbito interno de la administración electrónica. La plasmación del efecto y condicionamiento decisivo de dicho concepto base de interoperabilidad en la esfera de los administrados recaería en los conceptos tangenciales que se indican a continuación en el texto del presente trabajo. En otro sentido, véase, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 272

⁷ *Ibid.*, p. 271.



electrónica”⁸, de “servicios comunes”⁹, de “herramientas genéricas”¹⁰, de “marcos comunes”¹¹, de “marco de interoperabilidad”¹² y de “capacitadores clave de

⁸ COM (2003) 567 final. *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, cit., Comisión Europea, p. 3.

⁹ Definidos en la Decisión 922/2009/CE como “aplicaciones e infraestructuras operativas de naturaleza genérica que satisfagan las necesidades comunes del usuario en los distintos ámbitos políticos”. Siendo actualizada la definición en la Decisión 2015/2240/UE como “la capacidad organizativa y técnica para entregar un resultado único a las Administraciones Públicas europeas, con inclusión de los sistemas operativos, aplicaciones e infraestructuras digitales de naturaleza genérica que satisfacen necesidades comunes de los usuarios en distintos ámbitos geográficos o políticos, junto con su gobernanza operativa de apoyo”.

¹⁰ Definidas en la Decisión 922/2009/CE como “plataformas de referencia, plataformas compartidas y de colaboración, componentes comunes y módulos similares que satisfagan las necesidades comunes del usuario en los distintos ámbitos políticos”. Siendo actualizada la definición en la Decisión 2015/2240/UE como “sistemas, plataformas de referencia, plataformas compartidas y de colaboración y componentes genéricos que satisfacen necesidades comunes del usuario en distintos ámbitos geográficos o políticos”.

¹¹ Definidos en la Decisión 922/2009/CE como “estrategias, especificaciones, metodologías, directrices, así como enfoques y documentos similares”, siendo actualizada la definición en la Decisión 2015/2240/UE como “arquitecturas de referencia, especificaciones, conceptos, principios, políticas, recomendaciones, normas, metodologías, directrices, activos semánticos y enfoques y documentos similares, tomados de forma individual o en conjunto”.

¹² Definido en la Decisión 2015/2240/UE como “un enfoque concertado con respecto a la interoperabilidad para las organizaciones que desean colaborar en pro de la prestación conjunta de servicios públicos, que especifica, dentro de su ámbito de aplicabilidad, un conjunto de elementos comunes,



interoperabilidad". Conceptos definidos como "soluciones de interoperabilidad necesarias para permitir la prestación eficiente y eficaz de servicios públicos entre administraciones" y que incluso conectan expresamente el concepto de interoperabilidad con la interrelación con la ciudadanía.

En este último estadio, como establece GAMERO CASADO¹³, la interoperabilidad, en su dimensión de solución que permite que los sistemas de diferentes organizaciones puedan "conectarse e interactuar", viene a constituir "un imperativo en un Estado políticamente descentralizado", toda vez que su consecución será el elemento que, dentro del contexto de la administración electrónica, permita cohonestar la autonomía y autoorganización de todas las Administraciones territoriales con un acceso sin barreras y no compartimentado para la ciudadanía respecto de todas ellas. Es, por ello, que, lejos de parecernos grandilocuente, nos parece plenamente acertada la definición de este fenómeno que hace el citado autor como "el desafío más importante que se plantea a la gestión administrativa en la primera mitad del siglo XXI"¹⁴, instituyéndose en el "motor de la administración electrónica"¹⁵, del cual, desde nuestro punto de vista, no

tales como vocabulario, conceptos, principios, políticas, directrices, recomendaciones, normas, especificaciones y prácticas".

¹³ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, p. 500.

¹⁴ GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», *Revista de administración pública*, vol. 179, 2009, p. 294.

¹⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», en VALERO TORRIJOS, J. y GAMERO CASADO, E.



dependerá solo, como señala MORO CORDERO, "el éxito o no de la implantación efectiva de la administración electrónica"¹⁶, ya que este fenómeno parece a todas luces y *ceteris paribus* irreversible, sino que determinará, en el nuevo modelo de administración, que se mantengan o incrementen los derechos y garantías del ciudadano¹⁷.

Para su consecución, se puede bascular desde sistemas de implementación de soluciones de interoperabilidad centralizadas, rígidas y vinculantes, hasta otros descentralizados, flexibles y voluntarios. Los primeros, que conducirán a políticas de coordinación por parte de un organismo central, *a priori*, permitirán la obtención de una mayor eficacia con menores costes de tiempo e inversión inicial¹⁸, eliminar las inseguridades resultantes

(coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p. 497.

¹⁶ MORO CORDERO, M. A., «La interoperabilidad como necesidad», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, p. 519.

¹⁷ Como señala NIETO GARCÍA, A., «Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, vol. 23, enero-abril, 1989, pp. 127 y 128, citado en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 53, el efecto de la falta o la defectuosa modernización o adaptación de la Administración Pública, al contrario de lo que sucedería en el sector privado, no es su desaparición, sino la pérdida de eficacia e, incluso, su constitución en una "rémora social".

¹⁸ En concreto, se prescindiría de los costes de transacción derivados de la concertación de Convenios por parte de la AGE con cada una de las demás Administraciones Públicas territoriales y de los gastos de funcionamiento de los



de la falta de certeza sobre la renovación y mantenimiento de tales Convenios, así como asegurar una homogeneización del acceso de los ciudadanos a los servicios públicos electrónicos, con independencia de la Administración a la que se dirijan o que se dirija a ellos de oficio¹⁹. El segundo tipo de modelo es propio de políticas de cooperación interadministrativa, posibilitando, también *a priori*, dar cabida a un mayor número de soluciones tecnológicas, de manera que se permita el mantenimiento de cierto nivel de competencia entre los proveedores de las mismas, lo que contribuirá a evitar el cierre del mercado a una determinada solución, con sus consiguientes efectos positivos en la introducción de incentivos a los operadores privados que participen en la prestación de los servicios, desarrollo y/o puesta a disposición de estas soluciones, a la hora de mantener una actividad eficiente respecto de su competencia²⁰. Al mismo tiempo, se asegurará la capacidad de autoorganización y la autonomía de todas

Organismos encargados de velar por la consecución de la cooperación necesaria.

¹⁹ En SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «El principio de lealtad institucional», en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, p. 902, se recuerda el posicionamiento de LABAND, por el que se considera más certero y eficaz la actuación positiva del ente central o aglutinador, a la hora de dirigir el funcionamiento de la Unión, que la confianza en un concepto indeterminado de deber de fidelidad.

²⁰ GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 314.



las Administraciones territoriales en el ejercicio de sus competencias²¹.

Consciente de esta circunstancia, el legislador español ha tratado de darle solución a esta problemática de diversas maneras. En primer lugar, ante el surgimiento de la figura del perfil del contratante, la coordinación de todos ellos se efectuó por medio de políticas basadas, exclusivamente, en la cooperación interadministrativa. Esta elección mostraba indicios de que, efectivamente, la regulación de un "procedimiento administrativo común", dentro del nuevo paradigma de la administración electrónica, iba a encontrar nuevos retos, una resistencia estructural de nuestro modelo de Estado y, sobre todo, la necesidad de un nuevo enfoque que no había sido necesario en la regulación y situación precedente. Si se procediera a una traslación directa y lineal de la mentalidad de la administración en papel, se concluiría que, sobre la base de la misma habilitación contenida en el artículo 149.1.18 CE²² que daba sustento a las disposiciones de la Ley 30/92, el legislador estatal podría coordinar los medios electrónicos empleados por las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos, al ser el medio y/o soporte en el que se desarrollaría el procedimiento electrónico.

En un primer acercamiento, se podría considerar que nada obsta para que la proyección de la competencia estatal, reconocida en el art. 149.1.18 CE, pueda desplegarse dentro del funcionamiento de la sobrevenida

²¹ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., p. 502.

²² Véase sobre este punto MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.; GONZÁLEZ RIVAS, J. J.; HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J. y GIL IBÁÑEZ, J. L., *Constitución Española (Comentada)*, Madrid, Colex, 1993 p. 524.



realidad de la administración electrónica²³. Hecho ratificado por la fundición del objeto de las antiguas leyes 30/92 y LAECSP en las leyes 39 y 40/2015, así como por las expresas disposiciones de sus títulos competenciales contenidas, respectivamente, en sus Disposiciones finales 1ª y 14ª. No obstante, la LAECSP²⁴, a pesar de que partía de dicho “tronco común”, o compartido con la Ley 30/92, para la regulación específica de la actuación administrativa, canalizada a través de medios electrónicos²⁵, optó inicialmente por la cooperación como principal herramienta de interoperabilidad. Decisión anunciada en su art. 4 y desarrollada, posterior y fundamentalmente, en sus arts. 21 y 40 a 60. Tales preceptos “obligaban”²⁶ a nuestras Administraciones

²³ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 312.

²⁴ GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008 pp. 69 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica y nueva administración», en *Administración Electrónica y Ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011 pp. 45 y ss.

²⁵ VÁZQUEZ GARRANZO, J. y FUERTES LÓPEZ, F. J., «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 25.

²⁶ En torno al concepto de cooperación, podemos señalar la existencia de tesis que mantienen la voluntariedad como nota básica de la cooperación, véase CABALLERÍA RIVERA, M. T., «La cooperación interadministrativa en la LBRL», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, vol. 257, 1993 pp. 45 a 49. Véase igualmente STC 214/1989 de 21 de



Públicas a cooperar de tal forma que se consiguiera la implementación de soluciones de interoperabilidad tendentes a garantizar la interconexión de sus sistemas, programas y plataformas tecnológicas, empleados para la prestación de servicios públicos electrónicos; y el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los sistemas de identificación y autenticación²⁷. En consonancia con lo anterior, establecía la DF Primera de la LAECSP que su título cuarto, precisamente en el que se contiene la regulación de las cuestiones de interoperabilidad, "será de aplicación a todas las Administraciones Públicas en la medida en que éstas participen o se adscriban a los órganos de cooperación o instrumentos previstos en el mismo". Igualmente, de acuerdo con esta regulación general de la administración electrónica, en la normativa especial que regula la contratación pública electrónica, ese mismo año 2007, entraba en vigor el art. 309 de la LCSP 2007, regulador de la PLACE, en el que se preveía que se integraran todos los perfiles del contratante de los "órganos de contratación del Sector Público estatal", estableciéndose en su punto 5 que "la Plataforma de Contratación del Estado se interconectará con los servicios de información similares que articulen las Comunidades Autónomas y las Entidades locales en la forma que se determine en los convenios que se concluyan al efecto".

diciembre donde la cooperación se designa como "coordinación voluntaria". Así como otras que cuestionan tal rasgo, véase al respecto SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Revista de documentación administrativa*, vol. 230-231, 1992 pp. 24 y 25.

²⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Cooperación y coordinación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica. La interoperabilidad», en *Administración electrónica y ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011 pp. 679 y 680.



Así las cosas, la consecución de una adecuada interoperabilidad de los medios electrónicos de las distintas Administraciones parecía confiarse plenamente a la cooperación voluntarista entre estas, limitándose el legislador a señalar las pautas que deben guiar tal cooperación. Sin embargo, esta conclusión no es completa, toda vez que la propia LAECSP, en su DF Primera, exceptuaba de la remisión a instrumentos de coordinación a su art. 42, en virtud del cual se introducían los fundamentos de dos instrumentos jurídicos orientados a la consecución de la interoperabilidad y la seguridad en relación a todo tipo de procedimiento administrativo electrónico: el ENI y el ENS, aprobados, tal y como indicaba la referida norma, por Real Decreto del Gobierno, a propuesta de la Conferencia Sectorial de Administración Pública y previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local. Estas dos normas reglamentarias de desarrollo heredarían el carácter básico del cuerpo legal que las habilita, permitiendo que el ejecutivo central estableciera, ulteriormente, una serie de soluciones de interoperabilidad de manera preceptiva para todas las Administraciones Públicas²⁸. En esta excepción a la regla general de la cooperación, la doctrina llegaba a identificar la base para el desarrollo de una labor estatal de coordinación que consideraba esencial a la hora de lograr eficientemente “un mínimo común denominador normativo que garantice un tratamiento común de todos los ciudadanos ante cualquier Administración Pública”²⁹. Es decir, de establecer en sede de administración electrónica las bases precisas y de obligado y general

²⁸ VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, Innovación y Administración Electrónica*, Sevilla, Global Law Press, 2013 p. 187.

²⁹ GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», cit. pp. 83 y 84.



cumplimiento para una efectiva interoperabilidad, al mismo tiempo que se garantizara, a nivel nacional, la posibilidad de abordar los retos de interoperabilidad venidos desde Europa³⁰. Entre ellos, el de permitir un acceso a los operadores económicos a los procedimientos de licitación electrónica en base a un mismo y único equipamiento tecnológico —y sus consiguientes costes de aprovisionamiento y aprendizaje de uso³¹— y en condiciones de igualdad³². Y, en última instancia, el de conseguir un punto de acceso único en el que aparecieran sistematizados, al menos, los anuncios de licitación de todos los procesos de contratación pública llevados a cabo en España³³.

No obstante, el anterior enfoque, previsto por la doctrina sobre la base de la DF Primera y el art. 42 de la LAECSP, no fue claramente confirmado por los posteriores desarrollos reglamentarios³⁴, debido a que, tanto el ENI

³⁰ Nótese cómo el legislador nacional, en el art. 42.4 LAECSP establece la obligación de que la regulación que lleven a cabo los Esquemas Nacionales sea acorde con los procesos de interoperabilidad europeos.

³¹ IESE BUSINESS SCHOOL, *La licitación electrónica en el sector público español. Presente y futuro*, 2011 p. 19.

³² PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica y nueva administración», cit. pp. 47 y 48. Siendo este uno de los objetivos últimos que subyacen sobre la competencia constitucional atribuida por el art. 149.1.18º CE al Estado tal y como señala GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 2010 p. 46.

³³ Lo que ya venía a constituir una realidad, sobre la base de lo establecido en la Directiva 2004/18/CE, una realidad en el ámbito europeo en relación con los contratos sujetos a una regulación armonizada sobre la base de lo establecido en la Directiva 2004/18/CE.

³⁴ Dicho resultado puede deberse a la dinámica de su elaboración. Sobre este extremo, el punto III del ENI establece que: “El presente real decreto se aprueba en aplicación de lo



como el ENS, delegaban el desarrollo de elementos esenciales que le habían sido encomendados a un segundo nivel de desarrollo reglamentario generado por los propios esquemas. En concreto, el ENS prevé el desarrollo y concreción de sus principales elementos a través de Instrucciones Técnicas de Seguridad aprobadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta del Comité Sectorial de Administración Electrónica a iniciativa del Centro Criptológico Nacional —art. 29.2 del ENS—. La DA 4ª del ENS prevé un total de ocho de estas instrucciones³⁵. Mientras que el ENI delega la concreción

dispuesto en la disposición final octava de la Ley 11/2007, de 22 de junio y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42, apartado 3, y disposición final primera de dicha norma, se ha elaborado con la participación de todas las Administraciones Públicas a las que le es de aplicación, ha sido informado favorablemente por la Comisión Permanente del Consejo Superior de Administración Electrónica, la Conferencia Sectorial de Administración Pública y la Comisión Nacional de Administración Local; y ha sido sometido al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos. Asimismo se ha sometido a la audiencia de los ciudadanos según las previsiones establecidas en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno”. Como señala GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., pp. 505 y 513, a dichas agrupaciones interadministrativas les sería de utilidad el elemento de participación institucionalizada del sector privado, a efectos de una provechosa retroalimentación público-privada, en la misma línea que ha hecho el Sistema Público de Conectividad y Cooperación italiano —SPC—.

³⁵ a) Informe del estado de la seguridad. b) Notificación de incidentes de seguridad. c) Auditoría de la seguridad. d) Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad. e) Adquisición de productos de seguridad. f) Criptología de empleo en el Esquema Nacional de Seguridad. g)



de elementos nucleares de su regulación en Normas Técnicas de Interoperabilidad —DA 1ª del ENI— aprobadas por el Ministerio de la Presidencia, a propuesta del Comité Sectorial de Administración Electrónica, siendo publicadas mediante Resolución de la Secretaria de Estado para la Función Pública, estando previstas un total de doce de estas normas³⁶.

Interconexión en el Esquema Nacional de Seguridad. h) Requisitos de seguridad en entornos externalizados.

³⁶ a) Catálogo de estándares: establecerá un conjunto de estándares que satisfagan lo previsto en el artículo 11 de forma estructurada y con indicación de los criterios de selección y ciclo de vida aplicados. b) Documento electrónico: tratará los metadatos mínimos obligatorios, la asociación de los datos y metadatos de firma o de sellado de tiempo, así como otros metadatos complementarios asociados; y los formatos de documento. c) Digitalización de documentos: Tratará los formatos y estándares aplicables, los niveles de calidad, las condiciones técnicas y los metadatos asociados al proceso de digitalización. d) Expediente electrónico: tratará de su estructura y formato, así como de las especificaciones de los servicios de remisión y puesta a disposición. e) Política de firma electrónica y de certificados de la Administración: Tratará, entre otras cuestiones recogidas en su definición en el anexo, aquellas que afectan a la interoperabilidad incluyendo los formatos de firma, los algoritmos a utilizar y longitudes mínimas de las claves, las reglas de creación y validación de la firma electrónica, la gestión de las políticas de firma, el uso de las referencias temporales y de sello de tiempo, así como la normalización de la representación de la firma electrónica en pantalla y en papel para el ciudadano y en las relaciones entre las Administraciones Públicas. f) Protocolos de intermediación de datos: tratará las especificaciones de los protocolos de intermediación de datos que faciliten la integración y reutilización de servicios en las Administraciones Públicas y que serán de aplicación para los prestadores y consumidores de tales servicios. g) Relación de modelos de datos que tengan el carácter de comunes en la Administración y aquellos que se refieran a materias sujetas a



Esta arquitectura normativa, con desarrollo reglamentario de primer y segundo grado, condujo a un sector de la doctrina a considerar que realmente el desarrollo reglamentario del art. 42 de la LAECSP, al fin, había conducido a confirmar la cooperación como la única vía de establecer las bases del procedimiento administrativo electrónico³⁷, al apreciarse estas normas

intercambio de información con los ciudadanos y otras Administraciones. h) Política de gestión de documentos electrónicos: incluirá directrices para la asignación de responsabilidades, tanto directivas como profesionales, y la definición de los programas, procesos y controles de gestión de documentos y administración de los repositorios electrónicos, y la documentación de los mismos, a desarrollar por las Administraciones Públicas y por las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de aquéllas. i) Requisitos de conexión a la Red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas. j) Procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos, así como desde papel u otros medios físicos a formatos electrónicos. k) Modelo de Datos para el intercambio de asientos entre las Entidades Registrales: tratará de aspectos funcionales y técnicos para el intercambio de asientos registrales, gestión de errores y excepciones, gestión de anexos, requerimientos tecnológicos y transformaciones de formatos. l) Reutilización de recursos de información: tratará de las normas comunes sobre la localización, descripción e identificación unívoca de los recursos de información puestos a disposición del público por medios electrónicos para su reutilización.

Además, se prevé que para su redacción y mantenimiento se constituyan los correspondientes grupos de trabajo en los órganos colegiados con competencias en materia de administración electrónica.

³⁷ Lo que no es óbice para que cuenten con un contenido bien estructurado y desarrollado, referente en la UE, como señala GONZÁLEZ RUFO, M. Á., «La Plataforma de Contratación del Sector Público: El presente de la contratación pública electrónica.», en *El futuro de la contratación pública*



e instrucciones técnicas como elementos carentes de carácter normativo y constitutivos de actos administrativos tomados en el seno de la AGE, de tal manera que su trasposición e imposición a otras Administraciones territoriales devenía más que discutible³⁸. A lo que se añadía que, aun teniendo el segundo nivel de desarrollo carácter reglamentario, su nivel jerárquico le impediría alcanzar el carácter básico de las normas superiores de las que emanaban. Desde un punto de vista diferente, otro sector doctrinal vislumbraba este conjunto normativo, de primer y segundo grado, de carácter eminentemente técnico, como constitutivo de una regulación reglamentaria, en ambos niveles, de coordinación estatal "minuciosa", la cual habría venido a cumplir con sus objetivos de manera solvente³⁹.

Dentro de este segundo grupo doctrinal, GAMERO CASADO ha venido a calificar la regulación establecida por las Normas Técnicas de Interoperabilidad como un modelo "vinculante, rígido y unitario"⁴⁰, que vino a situar a España "en la vanguardia de las políticas de interoperabilidad". Entendemos muy acertada la utilización del concepto "unitario" a la hora de definir este modelo como caracterización que va más allá de la dicotomía centralizado-descentralizado. En efecto, la previsión de la intervención inicial, así como en las acciones de mantenimiento y actualización posteriores, de representantes de Administraciones de todos los

electrónica a la luz de las directivas europeas, Murcia, Escuela de formación e innovación de la Administración Pública, 2016.

³⁸ VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, Innovación y Administración Electrónica*, cit., vol. 1 pp. 187 y 189.

³⁹ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., pp. 506 y 507.

⁴⁰ GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», cit., pp. 300, 301, 328 y 331.



niveles territoriales del Estado, conduce a que no se pueda hablar de un modelo centralizado. Al mismo tiempo, tampoco se puede señalar que la participación final en la aprobación de los elementos resultantes sea paritaria, en tanto en cuanto se trata de disposiciones reglamentarias cristalizadas en instrumentos netamente estatales. Ello deja en manos del Estado la potestad de tomar la decisión final en las fases de aprobación, modificación y derogación, tras los procesos deliberativos multinivel que hayan podido tener lugar⁴¹. Lo que nos conduciría a apreciar estas disposiciones como un elemento, en última instancia, de coordinación o de base para la misma. Situación distinta de la que hubiera derivado de la utilización de otros instrumentos, como podrían haber sido convenios multilaterales entre todas las Administraciones. Es por ello que coincidimos con el adjetivo utilizado, aunque también podríamos calificar a dicho modelo como de tramitación descentralizada y de adopción centralizada. En definitiva, con el sistema indicado se trataba de aunar la participación de todas las Administraciones con el establecimiento de unas "reglas de juego", claras y congeladas o cristalizadas tras el proceso deliberativo, de cuyo cumplimiento no se pueda escapar a conveniencia⁴².

⁴¹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 319 y 320.

⁴² En palabras de la STC, Pleno, 181/1988, de 13 de octubre, rec. 209/84, FJ, Cuarto, del principio inherente de colaboración y lealtad constitucional se "postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación o, en su caso, la búsqueda del acuerdo previo, para la concreción normativa de temas de tanto relieve", de lo que dependerá el adecuado funcionamiento del Estado de las autonomías, y también a nuestro entender, la garantía de la operatividad de la administración electrónica, y el respeto en su dinámica de las garantías de los ciudadanos.



A la hora de verificar el carácter básico o no de las normas de desarrollo reglamentario de segundo grado del art. 42 de la LAECSP, hemos de partir del análisis del carácter básico de los arts. 41 y 42 de la LAECSP. Tal naturaleza constituye la respuesta de las Cortes al mandato constitucional consistente en su deber de concretar el alcance del ámbito competencial del Estado⁴³. Con esta determinación sobre aspectos materiales concretos se producirá un condicionamiento o delimitación del posterior contenido de las normas de desarrollo autonómicas⁴⁴, sin perjuicio de su "justiciabilidad"⁴⁵. Esto es, de la fiscalización por el TC de la adecuada determinación de lo básico, a instancias de la Administración que se considere invadida en sus competencias⁴⁶. A la hora de efectuar esta concreción surgirá "la necesidad de reconocer al legislador estatal un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional"⁴⁷. En el caso de que se apreciara por el TC un exceso competencial del Estado a la hora de regular lo básico, invadiendo el ámbito de las competencias de desarrollo y vaciando "de contenido las correlativas competencias de la Comunidad"⁴⁸, "la

⁴³ STC 32/1981, de 28 de julio, rec. 40/1981, FJ 5º.

⁴⁴ STC 68/1984, de 11 de junio, rec. 90/1982, FD 3º.

⁴⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonomico», *Revista española de derecho constitucional*, vol. 27, 1989 P. 84; REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Rango normativo y legislación básica (A propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de preferencia de ley)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 4, 1998, p. 447.

⁴⁶ Mediante el planteamiento del correspondiente conflicto de competencias.

⁴⁷ STC 154/1988, Rec. 162/1984, FJ 3º.

⁴⁸ STC 1/1982, Rec. 63/1981, FJ 1º.



invalidez no sería predicable de la norma en sí, sino de la regla, explícita o implícita, de vigencia territorial o de su grado de aplicabilidad, directa o supletoria⁴⁹. Así las cosas, no basta “con que el legislador estatal haya calificado de básica una norma para que deba ser reputada como tal, sino que es preciso que tenga materialmente ese carácter”. Lo que, por su parte, conduce a que “esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente⁵⁰, con independencia de su “autoconsciencia” o “autodefinición” como ley básica, como podría ser el caso de normas legales preconstitucionales que sean compatibles con el texto constitucional. De este modo, aun cuando en una determinada materia sujeta a competencias compartidas no existiera una norma que expresamente se determine como básica, no podrá sostenerse que las CCAA deban abstenerse de legislar sobre tales materias, lo cual supondría privarles del ejercicio de competencias reconocidas en su Estatuto de Autonomía a expensas de la decisión de actuación del Estado; ni que, en tales supuestos, las CCAA puedan legislar libremente sobre la totalidad de la materia en cuestión, respetando exclusivamente los principios que se deriven

⁴⁹ STC 85/1983, Rec. 333/1982, FJ 3º. A este respecto, resulta de gran interés la diferenciación entre los conceptos de “ordenación básica” y “definición de lo básico” llevada a cabo por JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonomático», cit., p. 73.

⁵⁰ STC 213/1988, de 11 de noviembre, Rec. 279/1984, FD 2º. Recuérdense el ya referido margen de discrecionalidad política del legislador estatal, lo que como señala *Ibid.*, pp. 42 y 54, impide que podamos determinar la existencia de un carácter material estricto que conduzca a una determinación de lo básico por parte del Estado meramente declarativa, sino más bien de carácter material constitutivo.



directamente de la Constitución⁵¹, y debiendo hacerlo, en todo caso, sobre un ordenamiento estatal vigente o, en palabras de CASTRO Y BRAVO, de un derecho común determinador de lo básico⁵².

En la determinación por parte del Estado del alcance de su acción, dentro de las competencias compartidas, deberán respetarse una serie de requisitos formales encaminados a conseguir "una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias" estatales y autonómicas, que cuente con unas garantías mínimas de publicidad, contradicción y debate⁵³. Requisitos que solo se podrán obtener mediante la utilización del instrumento normativo de la Ley, con respeto al principio de Ley formal o principio de preferencia de ley⁵⁴, el cual reduce el ámbito de

⁵¹ STC 32/1981, de 28 de julio, rec. 40/1981, FJ 6º.

⁵² JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico», cit. P. 49.

⁵³ STC Pleno, 69/1988, de 19 de abril, rec. 66/1984, FJ 5º.

⁵⁴ Concepto este último acuñado por la STC Pleno, 147/1991, de 4 de julio, rec. 384/1985, FD 4º y que expresamente se distingue del principio de reserva de ley. Este último resultará inoperante en la delimitación regulación básica-regulación de desarrollo. Si bien, como señala REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Rango normativo y legislación básica (A propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de preferencia de ley)», cit., p. 456, dicho concepto acuñado por el TC no nos conduce a un escenario de "preferencia", entendido de acuerdo a la segunda acepción atribuida a dicho concepto por la RAE, sino, más bien, conforme a la primera de aquellas. En consecuencia nos aproximamos de manera más que significativa, aun con otra denominación, a la órbita de la reserva de ley. Véase también al respecto la STC Pleno, 69/1988, de 19 de abril, rec. 66/1984, FJ 6º. En mayor profundidad, véase CAMARA VILLAR, G., «Educación y Enseñanza», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) *Reformas*



aplicación del reglamento de desarrollo de una norma con rango de ley, al tiempo que "su rango reglamentario venga justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultaran inadecuadas por sus mismas características"⁵⁵, bien por su "carácter marcadamente técnico"⁵⁶, o porque estas presenten una naturaleza fuertemente vinculada "a los cambios que deriven de la modificación de las circunstancias"⁵⁷. Finalmente, será posible la utilización del reglamento respecto de los actos de ejecución que respondan directamente a las determinaciones de una ley de bases⁵⁸. Fuera de tales supuestos⁵⁹, el Estado actuaría en la determinación de lo básico con una insuficiencia de rango normativo que conduciría a que la norma infralegal en cuestión perdiera

Estatutarias y Distribución de Competencias, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007, pp. 516 y 517.

⁵⁵ STC Pleno, 77/1985, de 27 de junio, rec. 180/1984, FJ 16º. A diferencia del primero, este segundo requisito del principio de ley formal podría entenderse que matiza o restringe, aún más, las limitaciones que tendría en el presente ámbito la utilización del reglamento, derivadas de la existencia de una reserva de ley expresadas en las SSTC Pleno, 83/1984, de 24 de julio, rec. 80/1983, FJ 4º; 77/1985, de 27 de junio, rec. 180/1984, FJ 14º; 99/1987, de 11 de junio, rec. 763/1984, FJ 3º.

⁵⁶ STC, Pleno, 76/1983, de 5 de agosto, rec. 316/1982, FJ 24º.

⁵⁷ STC Pleno, 33/1984, de 9 de marzo, rec. 372/1982, FD 2º.

⁵⁸ STC Pleno, 48/1988, de 22 de marzo, rec. 873/1985, FJ 3º.

⁵⁹ Los cuales conllevarán el cumplimiento de los requisitos para el empleo del reglamento en materias sometidas constitucionalmente a reserva de ley o reserva de ley orgánica, toda vez que las condiciones de validez del reglamento por aplicación del principio de ley formal o de preferencia de ley serán análogos o, en todo caso, más onerosos que los derivados del principio de reserva de ley.



todo carácter básico, para constituirse en norma estatal de carácter subsidiario ex art. 149.3 de la Constitución⁶⁰. Sobre la base lo expuesto, en relación al art. 42 de la LAECSP y, por extensión, al art. 156 de la Ley 40/2015, podría concluirse que las disposiciones generales de carácter reglamentario que lo desarrollan, tanto en primero como en segundo grado, cumplirían los requisitos necesarios para heredar la condición de básicas. Así, el carácter básico del objeto regulatorio quedaría esclarecido a la luz de su pleno encaje en relación a la competencia estatal contemplada en el art. 149.1.18 CE, mientras que la ausencia de insuficiencia de rango normativo derivaría de su expresa previsión en norma legal —de primer o segundo grado descendente—, así como de su indiscutible carácter técnico. En tanto las normas e instrucciones de segundo grado son previstas por el instrumento reglamentario expresamente mencionado y regulado en cuanto a su tramitación por la Ley, las mismas pueden considerarse como una extensión de aquel, justificado por la especial complejidad técnica y su extremo dinamismo y necesidad de responder a realidades extrajurídicas como lo es la vertiginosa evolución y cambio de la técnica. Independientemente de que, sobre la base de lo anteriormente indicado, se alcance la conclusión de que la regulación de la LAECSP y su desarrollo de primer y segundo nivel constituyan un modelo exclusivo de cooperación u otro mixto de cooperación y coordinación estatal, consideramos que sería muy oportuno el planteamiento de las consecuencias del incumplimiento de estas normas técnicas por parte de las diferentes Administraciones territoriales; o, incluso, de la inacción, ante la exhortación a la coordinación contenida en la LAECSP. Preguntas que no encuentran respuesta directa

⁶⁰ STC Pleno, 203/1993, de 17 de junio, rec. 28/1986, FJ 11º.



ni en la LAECSP ni en el articulado del ENI⁶¹, y de cuya respuesta depende el éxito de las innovaciones administrativas que plantean las TIC en las comunicaciones de la contratación pública, así como la posibilidad de cumplir con las obligaciones impuestas desde Europa.

Este último extremo podría ser el principal motivo de la marcada falta de eficacia del sistema de interoperabilidad expuesto durante los primeros de vigencia.

Sea como fuere, cabe apreciar como intención regulatoria de la LAECSP la generación de "un marco jurídico estable, amplio, comprensivo de realidades diferenciadas y que se habían ido introduciendo sin conformar un todo organizativo dotado de una mínima coherencia"⁶², basado en la utilización de sistemas compatibles y no aislacionistas. Es cierto que las manifestaciones conceptuales introducidas desde Europa, íntimamente relacionadas con la dimensión externa de interoperabilidad, no fueron recogidas en la LAECSP de una forma expresa. No obstante, sí se contenía la definición de interoperabilidad y sus diversas dimensiones, como consta en el anexo de definiciones al que remite su art. 5 y en el art. 4.e)⁶³. Al mismo tiempo,

⁶¹ VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, Innovación y Administración Electrónica*, cit., vol. 1 pp. 188 y 189.

⁶² VÁZQUEZ GARRANZO, J. y FUERTES LÓPEZ, F. J., «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», cit., pp. 26 y 38.

⁶³ Si analizamos el concepto de interoperabilidad integrado en la Decisión 2015/2240/UE, de 25 de noviembre y lo comparamos con el establecido en el Anexo de la LAECSP, podemos encontrar como principal diferencia que en la segunda de ellas se prescinde del inciso por el que se indica que los sistemas que permitan "compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento", "hayan sido



las manifestaciones de la interoperabilidad en su dimensión externa tuvieron un reflejo más sutil a través de sus arts. 6.2. a), b), c), h) o k). Previsiones que se unían a la expuesta arquitectura del ENS, el ENI y sus respectivas instrucciones y normas técnicas de desarrollo, las cuales procuraron un cuidado tratamiento de la interoperabilidad, introduciéndose conceptos como

acordados conjuntamente". Dicha diferencia tiene pleno sentido si atendemos al marco en el que se establece cada una de ellas. Así, es plenamente coherente que dentro del contexto de la Unión Europea se piense, fundamentalmente, en un sistema de cooperación entre los Estados miembros. Mientras que, a nivel nacional, dicha definición no muestra su opción apriorística por ninguna de las dos alternativas posibles para su implementación. Adicionalmente, la LAECSP incluía las siguientes definiciones: Interoperabilidad organizativa, definida como "aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a la capacidad de las entidades y de los procesos a través de los cuales llevan a cabo sus actividades para colaborar con el objeto de alcanzar logros mutuamente acordados relativos a los servicios que prestan". Interoperabilidad semántica, definida como "aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a que la información intercambiada pueda ser interpretable de forma automática y reutilizable por aplicaciones que no intervinieron en su creación". Interoperabilidad técnica definida como "aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a la relación entre sistemas y servicios de tecnologías de la información, incluyendo aspectos tales como las interfaces, la interconexión, la integración de datos y servicios, la presentación de la información, la accesibilidad y la seguridad, u otros de naturaleza análoga". Interoperabilidad en el tiempo, definida como "aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a la interacción entre elementos que corresponden a diversas oleadas tecnológicas; se manifiesta especialmente en la conservación de la información en soporte electrónico".



el de "cadena de interoperabilidad"⁶⁴ o el de "infraestructuras y servicios comunes"⁶⁵.

Desde nuestro punto de vista, la práctica parece haber reflejado que, para la obtención de dicho resultado, es necesaria la inclusión de medidas de coordinación, aun de forma subsidiaria, que actúen como garantía del cumplimiento de los niveles de interoperabilidad mínimos deseados o requeridos por el legislador⁶⁶. De hecho, dentro del sistema de interoperabilidad planteado por la Unión Europea, sus instituciones se han constituido en un poder coordinador de los diferentes Estados miembros, generando una serie de soluciones de interoperabilidad cuyo uso obligatorio va imponiendo paulatinamente, tal y como se ha llevado a cabo a través

⁶⁴ Dicho concepto es definido en el Anexo del ENI como "expresión de la interoperabilidad en el despliegue de los sistemas y los servicios como una sucesión de elementos enlazados e interconectados, de forma dinámica, a través de interfaces y con proyección a las dimensiones técnica, semántica y organizativa".

⁶⁵ Dicho concepto es definido en el Anexo del ENI como "instrumentos operativos que facilitan el desarrollo y despliegue de nuevos servicios, así como la interoperabilidad de los existentes, creando escenarios de relación multilateral y que satisfacen las necesidades comunes en los distintos ámbitos administrativos; son ejemplos la Red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas, la red transeuropea sTESTA, la plataforma de verificación de certificados electrónicos".

⁶⁶ En este sentido véase CASARRUBIOS BLANCO, E. y CRIADO GRANDE, J. I., «La e-Administración y cooperación entre niveles de gobierno en España. Las relaciones interadministrativas y la interoperabilidad dentro del Estado autonómico (y la Unión Europea)», en *VII Congreso español de ciencia política y de la Administración*, Madrid, AECPA, 2005; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Cooperación y coordinación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica. La interoperabilidad», cit. p. 675.



de la Directiva 2014/24/UE. Culmen legislativo, en algunos aspectos, de la implantación de la contratación pública electrónica.

Es evidente, que la normativa española de estos primeros años sobre coordinación estatal e interadministrativa en materia de administración electrónica y compra pública tuvo, además de las dificultades mencionadas en los párrafos anteriores, la presión derivada de la necesidad perentoria de cumplir con las exigencias de la UE y la propia de una sociedad económicamente debilitada como consecuencia de la crisis financiera originada tras el año 2008, de forma que, realmente, fue a partir del año 2013 cuando empezaron a establecerse, ahora sí, inequívocas —y también torpes, como veremos, en determinados supuestos— medidas de coordinación estatal.

2. Aparición de sistemas de coordinación estatal en la Ley 20/2013 en el ámbito de la contratación pública.

El sistema de cooperación implementado en España no pudo desarrollarse de una forma adecuada, dado el elevado número de sujetos llamados a ello, lo que vino a entorpecer la implantación de la contratación pública electrónica⁶⁷. Esta circunstancia motivó la incorporación paulatina de importantes matices de coordinación estatal.

El primer paso en pos de una intensificación de los logros en materia de interoperabilidad, dentro del ámbito de la contratación pública⁶⁸, se produjo en el año 2013, a

⁶⁷ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit. p. 5.

⁶⁸ GIMENO FELIÚ, J. M., «Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013.



través de la DA Tercera de la Ley 20/2013, por la que la PLACE pasaba a denominarse PCSP⁶⁹, al tiempo que se obligaba a los poderes adjudicadores no estatales a la publicación directa o indirecta de los anuncios de licitación y adjudicación a través de la PCSP. A tales efectos, en la referida disposición adicional, se preveían dos vías de actuación: a) La adhesión del poder adjudicador en cuestión a la PCSP, alojando en esta su perfil del contratante; o b) el establecimiento de mecanismos de interconexión con el perfil del contratante correspondiente establecido fuera de la PCSP, de forma que los anuncios de licitación llevados a cabo en su propia plataforma fueran visibles desde la PCSP. Se establecía de este modo una reforma de fuerte calado que pondría los cimientos de la actual regulación de la PCSP contenida en la LCSP. No obstante, esta medida de coordinación en torno a un instrumento estatal, que se adhería a la exclusiva referencia a la cooperación del art. 334.5 del TRLCSP, no se acompañaba de la regulación de las consecuencias de su incumplimiento. Por ello, la relevancia práctica del incumplimiento solo podría derivarse de una iteración lógico-jurídica de la que se extrajera la nulidad⁷⁰ de los procedimientos de contratación pública que no publicaran su anuncio de licitación —ya fuera de forma directa o indirecta— en la PCSP de no seguirse el procedimiento legalmente establecido al efecto⁷¹.

⁶⁹ Plataforma que había pasado de estar regulada en la LCSP 2007 a estarlo en el art. 334 del TRLCSP.

⁷⁰ Por aplicación del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, que se corresponde actualmente con el vigente artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015.

⁷¹ En tal sentido se posiciona GIMENO FELIÚ, J. M., «La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia», cit. pp. 3 y 4. En sentido diferente, aunque también contrario al criterio del TACRC, estableciendo la



De este posicionamiento jurídico se habría desprendido la consolidación, desde ese año 2013, de una política de coordinación estatal dirigida a erigir la PCSP como una herramienta de transparencia que permitiera un conocimiento "integral" de todos los procedimientos de licitación iniciados a nivel nacional. Sin embargo, el mandato contenido en la DA Tercera de la Ley 20/2013 no tuvo una adecuada repercusión fáctica en el comportamiento de los poderes adjudicadores no estatales; a lo que se unió un criterio del TACRC que no favorecía dicha solución. Su resolución 119/2016 en su FD Séptimo indicaba que:

Una primera aproximación al tema podría pasar, sin duda, por trazar una equiparación entre la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, de manera que la omisión de ésta última generaría la misma consecuencia anulatoria que la que acaece cuando falta la inserción en el periódico comunitario. Sin embargo, un examen más sosegado de la cuestión revela que esta asimilación no es posible, toda vez que:

a. – La exigencia de publicidad en el órgano europeo viene impuesta por la normativa comunitaria (artículos 35 y 36 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo), de manera que su incumplimiento entraña una vulneración de la legislación comunitaria, lo que, obviamente, no acaece con la que se refiere a la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Con este primer argumento, se trataba de evitar que se entendieran contradictorios los razonamientos del

anulabilidad y no la nulidad, véase DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015 pp. 4 y 5.



Tribunal Administrativo contenidos en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de la resolución analizada. Tal posicionamiento jurídico resulta profundamente difícil de compartir al tratarse de una interpretación en extremo formalista, que pretende desconocer los principios básicos de la contratación pública como son los de igualdad de trato y libre concurrencia que inspiraban las directivas europeas y la DA Tercera de la Ley 20/2013. Partiendo, pues, de la hipótesis de una extremada fragmentación de la información sobre procedimientos de contratación pública, así como del hecho de que la misma menoscaba el acceso de los operadores económicos a los procedimientos de licitación, se debería haber colegido que dicha disposición respondía, precisamente, a los principios y deberes establecidos por el legislador europeo. Piénsese que, en la administración en papel, los polos de información nacionales sobre los procedimientos de compra pública eran el BOE o los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas. Lo que conllevaría a que, en virtud de los sistemas de publicación electrónica, de mantenerse un sistema exclusivamente basado en perfiles del contratante independientes y/o no interconectados, de manera directa o indirecta, en el ámbito de la administración electrónica, se pasaría de una veintena, aproximadamente, de polos de información —susceptibles, además, de digitalización—, a otra veintena, pero de miles, de tales polos de información. Variación que, a pesar de los efectos novedosos que pudieran derivarse de las TIC, haría más funcional y garantista respecto de los indicados principios el mantenimiento del funcionamiento en papel de la Administración.

A continuación la Resolución indicaba que:

β. – El artículo 37.1.a) TRLCSP se refiere sólo a los contratos sujetos a regulación armonizada que no han sido objeto de publicidad en el Diario de la Unión



Europea, precepto que ha mantenido su redacción después de la introducción de la obligatoriedad de publicación en la Plataforma por parte de la DA 3ª de la Ley 20/2013.

En relación a este segundo argumento, hemos de señalar que la previsión especial contenida en el art. 37.1.a) TRLCSP, respecto de la necesidad de publicar los procedimientos de contratación pública sujetos a una regulación armonizada en el DOUE —y, en consecuencia, el uso del Portal SIMAP—, no es óbice para que a todos los procedimientos de contratación pública, incluidos los que no se hallen sujetos a una regulación armonizada, se les apliquen las disposiciones contenidas en nuestro ordenamiento interno, máxime, cuando lejos de ser contrarias a las previsiones de la normativa europea —traspuesta, entre otros por el art. 37.1.a) TRLCSP—, son acordes con la misma, toda vez que la interconexión con la PCSP ha de garantizar, a su vez, la interconexión con el Portal SIMAP. A lo que cabe añadir que los principios generales de la normativa europea sobre contratos públicos resultan de aplicación, como ha tenido ocasión de señalar el TJUE⁷², a todos los contratos públicos, ya sean SARA o no SARA.

Prosigue la Resolución referida con la siguiente indicación:

γ. – El examen de las modificaciones introducidas en el TRLCSP y, antes, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público revela que, cuando el legislador ha querido introducir una nueva causa de nulidad absoluta, ha acometido la modificación del TRLCSP, como sucedió con el

⁷² STJUE, Sala Quinta, de 16 de abril de 2015, asunto C-278/14. En profundidad sobre este punto, véase MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2015, pp. 180 y 181.



supuesto contemplado en el apartado d) del artículo 32 d) TRLCSP, que trae causa de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

No podemos compartir este argumento por tratarse más bien de una opinión subjetiva que de un razonamiento basado en derecho. Con él, se viene a señalar que la ley especial —TRLCSP— desplaza a la ley general —Ley 30/92 en un primer momento y Ley 39/2015 posteriormente— en lo no regulado por la primera. En efecto, dicha argumentación implica desconocer el verdadero sentido del principio *lex specialis derogat legi generali*, al promulgarse la primacía de la ley especial incluso respecto de lo no regulado por esta. Lo que conduce a que la existencia de la ley especial suponga, irremediablemente, la completa derogación de la ley general en relación al concreto ámbito de aplicación de la primera. La inconsistencia de dicho argumento resulta, además, del hecho de que el propio TACRC en la letra a) del propio art. 32 del TRLCSP se remite expresamente a todas las causas de nulidad recogidas en el art. 62.1 de la Ley 30/92, haciéndolo también, posteriormente, en el art. 47.1 de la Ley 39/2015.

En cuarto lugar, la Resolución que nos ocupa argüía que:

δ. – Difícilmente puede entenderse que la inserción del anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público es un trámite esencial del procedimiento de licitación, cuando ni siquiera lo es la publicación en el Boletín Oficial del Estado para las Comunidades Autónomas y entidades integrantes de la Administración Local (artículo 142.1 TRLCSP).

En cuanto a este último argumento hemos de indicar que el art. 142.1 del TRLCSP regulaba la publicación de las convocatorias de licitaciones en el BOE, así como, en su caso, en los Boletines de ámbito territorial inferior correspondientes, no haciéndolo en cuanto a la utilización de las plataformas electrónicas de



contratación, como pueden serlo los perfiles del contratante o la propia PCSP. Figuras a todas luces independientes, como lo demuestra el hecho de que el art. 177.2 TRLCSP, en relación a los procedimientos de contratación negociados, preveía que estos nuevos medios de publicación electrónica sustituyeran a medios tradicionales como el BOE. Medida que parte de la doctrina no solo aplaudía, sino que reclamaba su extensión para todo tipo de procedimiento de contratación⁷³. Por ello, entendemos que la cuestión planteada excedería del ámbito de aplicación, aún analógico, del referido art. 142.1 del TRLCSP, al tiempo que establecería unos mimbres para reforzar la involución antes detallada que supondría la transición, en estas condiciones, de la publicación en papel a la publicación electrónica.

Finalmente se concluía lo siguiente:

En esta tesitura, lo más razonable será entender que el solo incumplimiento de la DA 3ª de la Ley 20/2013 no determina la nulidad del procedimiento de licitación ni, menos aún, del contrato que en él se haya adjudicado; antes bien, habrá de llevarse a cabo un análisis singular en cada caso, a fin de determinar si existió o no indefensión o la falta de publicidad impidió que el anuncio cumpliera su misión (artículo 63.2 LRJPAC).

Conforme a lo expuesto en los párrafos anteriores, no consideramos ajustada a derecho la conclusión transcrita de la resolución 119/2016 objeto de crítica, debiendo considerarse que respondía más a criterios funcionales que a otros estrictamente jurídicos.

3. El intento de las leyes 39/2015 y 40/2015 de apuntalar sistemas generales de

⁷³ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», cit. p. 22.



***coordinación estatal para la
administración electrónica española y su
instauración efectiva por la LCSP***

Los arts. 155.3 y 157.3 de la Ley 40/2015 y la DA Segunda de la Ley 39/2015 introdujeron fuertes sistemas de coordinación estatal que rompían con la dinámica general previa de la LAECSP. Disposiciones de la Ley 39/2015 y de la Ley 40/2015 orientadas, según señalaba parte de la doctrina, a “facilitar el intercambio, reutilización y herramientas electrónicas entre las distintas Administraciones Públicas para reducir costes y evitar el despilfarro de recursos públicos en aplicaciones electrónicas susceptibles de ser compartidas”⁷⁴.

El referido artículo 155.3 de la Ley 40/2015, antes de su modificación por el art. 4.2 del Real Decreto-ley 14/2019, preveía que todas las AAPP debían adoptar las medidas tecnológicas necesarias para garantizar la posibilidad de interconectar su red con la del resto de Administraciones nacionales, así como con la del resto de Estados miembros e instituciones de la Unión Europea. Junto a ello, el art. 157.3 de dicho texto legal determinaba que las AAPP “con carácter previo a la adquisición, desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación, tanto si se realiza con medios propios o por la contratación de los servicios correspondientes, deberán consultar en el directorio general de aplicaciones, dependiente de la Administración General del Estado, si existen soluciones

⁷⁴ DE JUAN CASERO, L. J., «La utilización de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. El expediente electrónico de contratación», en CAMPOS ACUÑA, C. (coord.) *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer, 2018, epígrafe 3.3.



disponibles para su reutilización que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir, y siempre que los requisitos tecnológicos de interoperabilidad y seguridad así lo permitan". De modo que, "en el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, las Administraciones Públicas estarán obligadas a su uso, salvo que la decisión de no reutilizarla se justifique en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera". Más allá de la previsión de coordinación del art. 157.3 de la Ley 40/2015, los epígrafes 1 y 2 de este precepto establecen una iniciativa de cooperación administrativa favorable a la obtención de "economías de escala organizativas"⁷⁵ de las que, incluso, podría depender la viabilidad del sistema de contratación pública electrónica.

El art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012 en palabras del TC "obliga a todas las Administraciones Públicas a «valorar» las «repercusiones y efectos» sobre los «gastos o ingresos públicos presentes o futuros» de cada una de sus actuaciones (tanto si consisten en iniciativas legales o reglamentarias como si son actos administrativos, contratos o convenios de colaboración) con sujeción «estricta» a «las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera» (apartado 3); orientar la gestión de sus recursos a «la eficacia, la eficiencia y la calidad», aplicando al efecto «políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del Sector Público» (apartado 2); así como encuadrar sus políticas de gasto público «en un marco de planificación plurianual y de programación y

⁷⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», cit., p. 313.



presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera» (apartado 1)”. Fruto de ello, la decisión de la implementación de soluciones propias o la adhesión a otros ya existentes requerirá que, “dentro de un marco de planificación plurianual, los gastos resultantes no desequilibren las balanzas (principio de estabilidad presupuestaria) ni desborden los límites de déficit, deuda pública y morosidad (principio de sostenibilidad financiera) y a que los beneficios consecuentes (en términos no solo económicos, sino también de calidad del servicio o de otro tipo), compensen los costes que ahorraría la adhesión a las plataformas centrales (principio de eficiencia)”⁷⁶.

A los efectos del mandato establecido en el art. 157 de la Ley 40/2015, el apartado tercero de la DA 1ª del ENI viene a recoger la previsión del Directorio de aplicaciones para su libre reutilización. En este se reflejará la relación de aplicaciones para su libre reutilización, incluyendo, al menos, los datos descriptivos relativos a nombre de la aplicación, breve descripción de sus funcionalidades, uso y características, licencia, principales estándares abiertos aplicados, y estado de desarrollo. Al mismo tiempo se ha constituido el Centro de Transferencias de Tecnologías —CTT—, por el que se busca fomentar la reutilización de soluciones de administración electrónica. El CTT es la respuesta al artículo 158 de La ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y al artículo 17 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. Es de uso obligatorio en la Administración General del Estado y está a disposición del resto de

⁷⁶ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe c).



Administraciones Públicas. Además se encuentra federado con aquellas comunidades autónomas que han decidido contar con su propio repositorio regional y con el repositorio de la Comisión Europea.

Paralelamente, la DA Segunda de la Ley 39/2015 venía a determinar que las Administraciones autonómicas y locales, pueden adherirse a las plataformas de administración electrónica establecidas por la AGE, o bien, establecer sus propias plataformas. Aunque en este último caso, la Administración en cuestión deberá acreditar la oportunidad de emplear su propio sistema en base a los criterios de eficiencia antes mencionados en relación al art. 157.3 de la Ley 40/2015. Adicionalmente, las citadas Administraciones deberán garantizar que su sistema propio cumple con los requisitos del ENI, el ENS, y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que permita su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataformas. Texto, de cuya literalidad al referir la necesaria justificación del ente autonómico o local ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, *a priori*, se desprendía que, en caso de que no se procediera de manera debida en este sentido, se podría imponer la utilización de las herramientas generadas por la AGE.

De este modo, la coordinación estatal en España, con las referidas leyes 39 y 40 de 2015, llegaba, en el ámbito de la administración electrónica, a un nivel sin precedentes. No se puede negar que esta forma de facilitación de la cooperación entre Administraciones a través del Registro de aplicaciones en uso, junto, en su caso, con las medidas de coordinación indicadas de las Leyes 39 y 40/2015, tiene una fuerte dimensión de viabilidad operacional, permitiendo aprovechar la experiencia generada en el empleo de la misma por parte de la



cedente⁷⁷, al tiempo que garantiza la interoperabilidad de los instrumentos tecnológicos empleados en las distintas Administraciones⁷⁸ y, en definitiva, trata de evitar que los administrados deban enfrentarse a una pluralidad de servicios y plataformas electrónicos en los que tengan que reiterar operaciones ya efectuadas en otras; debiendo manejar, al mismo tiempo sistemas, interfaces y pautas diversas, con su propio *know how*, diversas direcciones electrónicas e, incluso, diverso equipamiento tecnológico, fundamentalmente, a nivel de *software* de apoyo. No obstante, como se pasa a comprobar, en este viraje del legislador nacional no predominaba una búsqueda del cumplimiento de los requisitos que permitieran hacer funcionar, de manera eficaz, al sistema de administración electrónica, sino que lo hacía la búsqueda de la asequibilidad financiera en la implementación de estos instrumentos, en cierto modo, impuestos desde instancias europeas, en una época de dificultad económica derivada de los efectos de la crisis financiera precedente.

La adhesión a los sistemas de administración electrónica centrales posee otra fuerte vertiente o influencia de las técnicas de racionalización de los recursos públicos o de viabilidad financiera, ya que, como señala el TC “la generalización de todas ellas en cada una de las Administraciones, con la garantía de su efectiva interoperabilidad, conllevará fuertes desembolsos económicos que, además de inasequibles para algunos (p. ej., pequeños ayuntamientos), pueden desequilibrar las balanzas públicas y amenazar la sostenibilidad financiera”. Lo que requerirá o hace comprensible que el

⁷⁷ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», cit., p. 763.

⁷⁸ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 229 y 300.



legislador adopte medidas, ya anunciadas en el preámbulo de la Ley 39/2015, que traten de compatibilizar “la apuesta por la administración electrónica con esta realidad y con los imperativos de la eficiencia (arts. 31.2 CE y 7 de la Ley Orgánica 2/2012), la estabilidad presupuestaria (arts. 135 CE y 3 de la Ley Orgánica 2/2012) y la sostenibilidad financiera (art. 4 de la Ley Orgánica 2/2012)”. Máxime cuando desde instancias internacionales se ha puesto de manifiesto la existencia en España de duplicidades “en el desarrollo y la utilización de los sistemas de tecnología de la información y comunicación en todos los niveles de la Administración”, instituidas como fuente de “ineficacia”, para cuya corrección serán necesarias medidas de “cooperación reforzada”⁷⁹. Sobre este punto, el TC ha establecido que “el Estado puede sin duda promover válidamente al amparo del artículo 149.1.18 CE la implantación generalizada, al menor coste posible, de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en los procedimientos y servicios administrativos” siempre y cuando el modo de hacerlo no vulnere “la autonomía constitucionalmente reconocida a las Comunidades Autónomas (arts. 2, 137 y 156 CE y Estatutos de Autonomía) y a los entes locales (arts. 137, 140 y 141 CE)”. Aspecto este, respecto del cual, de igual manera, el TC afirma de manera contundente que “el diseño, creación y mantenimiento de «servicios de administración electrónica» es un aspecto central de la «potestad de autoorganización» inherente a la autonomía”⁸⁰.

⁷⁹ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe b); *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*, OCDE, 2014.

⁸⁰ Afirmación que, como indica el TC, ya fue efectuada en su Sentencia del Pleno 111/2016, de 9 de junio, rec. 1959/2014, FJ Undécimo.



De hecho, estas adhesiones se comenzaron a establecer, en determinados casos, como requisito necesario para acceder a la financiación estatal de las autonomías a través del FLA. Sistema que, aunque inicialmente pudiera aparentar un medio de cooperación interadministrativa, entrañaba, realmente, una solución de coordinación estatal. Esta línea de actuación, que pretendía situarse en línea con las medidas de coordinación integradas en las Leyes 39 y 40 de 2015, fue considerada por algunos autores, como una imposición por la vía de los hechos, a los efectos de favorecer una tendencia recentralizadora del Estado, por la que se limitaría la autonomía de entes territoriales subestatales⁸¹. En concreto, este fomento, vía FLA, de la solución preestablecida por la DA Segunda de la Ley 39/2015, se estableció en la Orden PRE/710/2016, cuyo requisito 1.E incluía como compromiso de las CCAA, que accedieran a dicho fondo, a la firma de un convenio “para la prestación mutua de soluciones básicas de administración electrónica para ganar eficiencia y reducir costes”. De este modo, mediante el acceso a los sistemas implementados por la AGE, se buscaría “evitar gasto duplicado y reducir costes de funcionamiento, las Comunidades Autónomas”.

Las plataformas específicas de contratación pública y, en concreto, los portales destinados a alojar a los perfiles del contratante, no se encuentran entre los medios enumerados en el apartado E.1 de la referida condición. Motivo por el que, probablemente, no se ha incluido la

⁸¹ FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Estado de Derecho o imperium de la deslealtad institucional: breves consideraciones sobre la imposición por el Estado central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, 2017, pp. 527 y 528.



consideración de estas plataformas en los convenios interadministrativos orientados a la obtención de financiación del FLA. Estas medidas de coordinación se centraban, fundamentalmente, en los siguientes medios electrónicos: Punto de Acceso General Personalizado y Carpeta Ciudadana; Registro Electrónico de apoderamientos; Registro electrónico; Punto general de entrada de facturas electrónicas de la Administración General del Estado —FACe— y a la plataforma Emprende; Plataforma de Intermediación de Datos; Archivo Electrónico Único; y sistema Cl@ve⁸². Hay que reconocer que es lo cierto que sí se ha ido configurando, como factor incluido dentro de las “actuaciones y condiciones” relativas a las “condiciones fiscales y otras condiciones particulares de los préstamos”, el “compromiso de adoptar las medidas necesarias para su adhesión a los acuerdos marco y sistemas de adquisición centralizada que pueda desarrollar el Ministerio de Sanidad, [...] salvo autorización del Ministerio de Hacienda sobre la justificación aportada de las causas por las que se considera improcedente su adhesión”⁸³. Sin embargo, la reacción contra las novedades introducidas por la DA Segunda de la Ley 39/2015 y el art. 157 de la Ley 40/2015 no tardó en llegar. El 23 de junio de 2016 el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña interpuso recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley 39/2015, entre ellos, contra el último inciso del párrafo primero de la indicada DA. Recurso contestado por la STC 55/2018, de 24 de

⁸² Programa para la aplicación del compartimento fondo de liquidez autonómico del Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas para el ejercicio 2019, Anexo, puntos 4, 6 y 9; *Ibid.*, p. 539.

⁸³ Programa para la aplicación del compartimento de liquidez autonómico del Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas para el ejercicio 2019, p. 23 (Anexo).



mayo, que en el punto 4º de su parte dispositiva establece “que la disposición adicional segunda, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 no es inconstitucional interpretada en los términos del fundamento jurídico 11 f) de esta Sentencia”.

El TC destaca que dentro de las facultades que el art. 149.1.18 CE otorga al Estado se encuentra la posibilidad de que, a la hora de establecer los pilares básicos del procedimiento administrativo, ante cualquier Administración nacional se prevea la implementación, en palabras del preámbulo de la ley 39/2015, de “una administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico”, mediante la determinación de la necesaria y obligatoria implementación de “medios electrónicos en la organización y procedimientos administrativos”⁸⁴. Igualmente se indica, como posibilidad incluida dentro de las competencias del Estado, establecer un mandato legal para que las soluciones de administración electrónica establecidas por las Administraciones autonómicas y locales deban responder a los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, ya que, en última instancia, se trataría de obligaciones establecidas por los arts. 31.2 y 135 de la CE, que incumben también a estos entes integrantes del Sector Público. Lo que, al mismo tiempo, implicará su posible traducción en una obligación formal impuesta por el Estado a las Administraciones infraestatales para que motiven expresamente, con carácter previo y por escrito, el cumplimiento de tales deberes constitucionales impuestos a la actividad de todo el Sector Público⁸⁵. Ante

⁸⁴ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe b).

⁸⁵ Este tipo de comunicaciones o deberes formales sobre la actividad competencial propia de las CCAA ya había sido declarado constitucional en resoluciones previas del TC, como



ello, se concluye que “la Comunidad Autónoma o ente local, si no presentase unas cuentas públicas equilibradas situadas en los límites de déficit, deuda pública y morosidad o si no explicase las ventajas operativas de una plataforma propia o si, haciéndolo, no justificara mínimamente que compensan los desembolsos que ahorraría la adhesión a los recursos electrónicos estatales, incumpliría, no solo la exigencia de motivación que el precepto controvertido impone específicamente, sino también los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y eficiencia que impone la Constitución (arts. 135 y 31.2 CE) y la Ley Orgánica 2/2012”⁸⁶.

El *quid* de la cuestión residía entonces en la expresión del inciso recurrido por el que se determinaba que tal obligación formal debía efectuarse “ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”. Previsión de la que cabría extraer, como interpretación razonable de su literalidad, que el mencionado órgano de la AGE pudiera ejercer un control administrativo sobre la motivación efectuada por la Administración infraestatal. Pero, en el caso de verificarse esta interpretación, se vulneraría “la autonomía de las Comunidades Autónomas (arts. 2, 137 y 156 CE y Estatutos de Autonomía) y los entes locales (arts. 137, 140 y 141 CE)”, invadiéndose “las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas por atribuir a la Administración General del Estado una tarea de gestión o administración respecto de los entes locales”⁸⁷. Consecuentemente, se colegía la

en la Sentencia del Pleno 201/1988, de 27 de octubre, FJ Cuarto, vinculándolo a los principios de colaboración, solidaridad y lealtad constitucional.

⁸⁶ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafes c).

⁸⁷ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafes d).



posibilidad y constitucionalidad de que el legislador exigiera a las Administraciones autonómicas una obligación de carácter formal, consistente en la necesidad de justificar, dentro del expediente administrativo correspondiente, el cumplimiento de los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, a la hora de proceder al desarrollo de su propia herramienta tecnológica. Si bien, en contra de lo que podría desprenderse del tenor literal del precepto, ante dicha justificación, la única posibilidad de reacción por parte de la AGE, en caso de desacuerdo, sería la de acudir a la impugnación del acto autonómico y su correspondiente motivación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, vedándosele cualquier posibilidad de decisión *motu proprio*, so pena de trasgredir la autonomía y autoorganización de la Administración autonómica correspondiente⁸⁸. De ahí, que se declare expresamente la constitucionalidad de la DA Segunda de la Ley 39/2015, siempre y cuando sea interpretada en la forma indicada.

Paralelamente, la Ley 40/2015 también fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del gobierno catalán, según escrito formulado el 29 de junio de 2016. Entre las disposiciones impugnadas por dicho recurso se encontraba el art. 157.3. La contestación del TC se efectuó por medio de su Sentencia 132/2018, de 13 de diciembre, cuyo FJ Sexto, en la misma línea que la Sentencia 55/2018, confirmó la constitucionalidad del artículo, sin la necesidad ahora de la interpretación conforme, toda vez que el control administrativo ejercido por la AGE, respecto de la motivación de las Administraciones infraestatales, no se desprendía de su tenor literal como ocurría en la DA Segunda de la Ley 39/2015. No obstante, el TC insiste en el hecho de que

⁸⁸ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe e).



las posibilidades de justificación formal de las CCAA solo podrán ser contradichas por la AGE en sede jurisdiccional. Específicamente, el TC ha venido a concretar que el deber que se desprende de la Ley 40/2015 consiste en “acreditar y razonar en el expediente administrativo que los gastos necesarios para la adquisición, desarrollo o mantenimiento de soluciones propias no desestabilizan las cuentas públicas ni superan los límites de déficit, deuda pública y morosidad y que los beneficios netos (no solo los económicos) resultantes superan los derivados de emplear alguna de las aplicaciones presentes en el directorio general”.

De esta manera, tanto la DA Segunda de la Ley 39/2015 como el art. 157.3 de la Ley 40/2015, quedaban confirmadas como medidas de *spending review* con encuadre en las competencias previstas en los arts. 149.1.13 y .14 CE, en relación al art. 135 de dicha norma, y no como soluciones de coordinación estatal en materia de interoperabilidad; sin perjuicio de los efectos indirectos que, a este último respecto, pudieran generar. Se confirmaba así el sentido de un fallo adelantado por GAMERO CASADO y FONDEVILA ANTOLÍN, entre otros⁸⁹. Por parte de FONDEVILA ANTOLÍN, se defendía que el establecimiento de la necesidad de que las CCAA debieran acudir a la utilización de soluciones de administración electrónica estatal atentaría contra “el principio básico competencial de la autoorganización de las Administraciones autonómicas” previsto en el artículo 148.1 CE, así como el de autonomía financiera. Fruto de

⁸⁹ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., p. 510; y FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Estado de Derecho o imperium de la deslealtad institucional: breves consideraciones sobre la imposición por el Estado central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales», cit., p. 543.



ello, la determinación de unas concretas soluciones de administración electrónica eliminaría “la capacidad de decisión de una Administración de aportar «calidad» a los servicios públicos a prestar a los ciudadanos”. Además, el indicado autor venía a considerar que la exigencia de la adhesión a plataformas electrónicas estatales, como condición *sine qua non* para el acceso a la financiación o concesión de préstamos por parte del Estado, venían a constituir una “extorsión” en el sentido de la acepción primera del referido término recogido por la RAE, amén de desnaturalizar la figura del convenio empleado para vehicular la indicada adhesión⁹⁰. No obstante, no podemos compartir esta última consideración.

Así, en primer lugar, cabe que nos detengamos en la naturaleza del FLA. Dicha figura jurídica hunde sus raíces en la Ley Orgánica 2/2012, cuya DA Primera preveía la posibilidad de que las Administraciones territoriales autonómicas y locales pudieran acceder a “medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez”. Instrumento establecido en un periodo de grave crisis de deuda durante el cual el acceso a los mercados de financiación por parte de las Administraciones quedó prácticamente cerrado, con la consiguiente insuficiencia presupuestaria. En su desarrollo, el Real Decreto-ley 21/2012 venía a instituir un fondo dotado por los PGE por importe de dieciocho mil millones de euros, procedentes del programa de financiación del Estado, financiado mediante la emisión de deuda pública, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y gestionado, en última instancia, por el ICO.

⁹⁰ FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Estado de Derecho o imperium de la deslealtad institucional: breves consideraciones sobre la imposición por el Estado central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales», cit., pp. 529 y 543.



El objetivo del fondo sería su distribución entre las CCAA con la intención de dotarlas de liquidez a través de la concesión de créditos a interés reducido. Como contrapartida, las CCAA financiadas quedaban sometidas a las condiciones financieras establecidas mediante acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Lo que, finalmente, condujo a la ya mencionada Orden PRE/710/2016.

En dicho contexto, y sobre la base del articulado del Real Decreto-ley 21/2012, la obtención de créditos gestionados por el ICO con cargo al FLA venía a constituir, en primer lugar, una medida de carácter voluntario, en tanto en cuanto las CCAA podían optar por no acceder al mismo, como fue el caso de la Comunidad de Madrid, País Vasco, Navarra, Galicia, La Rioja, Castilla y León y las Islas Baleares. En segundo lugar, dicha financiación extraordinaria del Estado a las CCAA se establecía con carácter excepcional y, por ende, temporal, de manera que su mantenimiento sería revisado anualmente por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a los efectos de determinar el mantenimiento o no de las dificultades de acceso de las CCAA a los mercados financieros. Y, en tercer lugar, se trataba de créditos condicionados. En efecto, una vez adheridos a este sistema extraordinario de liquidez autonómico y producida la consecuente aceptación de las condiciones generales establecidas en la Ley Orgánica 2/2012 y en el Real Decreto-ley 21/2012, se produciría la concreción, en relación a cada préstamo, de las medidas *ad hoc* de ajuste económico-financieras. Sobre este extremo, el art. 14.2 del Real Decreto-ley 21/2012 venía a disponer que “las condiciones financieras aplicables a estas operaciones de crédito se establecerán por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del Ministerio de Economía y Competitividad”.



Redacción análoga a la contenida en el artículo 11.3 del Real Decreto-ley 17/2014, por el que se vino a derogar el anterior Real Decreto-ley 21/2012, aunque, manteniendo los rasgos básicos del FLA antes enunciados.

A la vista de lo anterior, entendemos que no se puede apreciar vulneración alguna de los principios de colaboración entre Administraciones ni del de autoorganización de las CCAA, por la exigencia de condiciones concretas de ajuste de gasto en el contexto de concesión de un préstamo. Antes al contrario, consideramos que la institución del FLA en las condiciones indicadas es, precisamente, una manifestación del cumplimiento de dicho principio y del deber de lealtad institucional, toda vez que, ante el cierre de los mercados financieros para los entes autonómicos, el Estado obtuvo por cuenta propia financiación externa a los efectos de redirigirla a aquellos. No obsta a dicha conclusión el hecho de que en la misión de que las CCAA puedan afrontar los vencimientos de sus pagos más próximos y acuciantes, el Estado solo acepte proceder a la concesión de dichos créditos —de los que recordemos se instituye como responsable o deudor último— bajo unas determinadas condiciones que puedan cohonestar la actividad de rescate por parte del Estado con el principio de estabilidad presupuestaria que ha de regir su actividad, expresamente previsto por el art. 135.1 CE. En la forma expuesta, el Estado asume una actuación voluntaria de colaboración con las CCAA en momentos de grave dificultad económica, si bien, la propia viabilidad de su auxilio pasará por la determinación de unas condiciones que, a su juicio y dentro del margen de discrecionalidad técnica o de decisión política, posibiliten recabar su consentimiento y su voluntariedad, con respeto a la legalidad aplicable.

No debe olvidarse tampoco el carácter sinalagmático del acuerdo o convenio, de manera que, en última instancia,



el consentimiento de cada una de las partes se fundamentará en las ventajas que le reporta el acuerdo adoptado con la contraparte, una vez ponderadas y asumidas las obligaciones adheridas. De esta manera, el Estado tratará de dinamizar la economía, sobre la que las CCAA y EELL presentan un importante peso, mientras que estas buscarán la única fuente de liquidez que se les presenta como posible y a unas condiciones por debajo de las de mercado. En relación a las contraprestaciones asumidas, el Estado correrá con el riesgo del impago de sus prestatarios, debiendo cargar sobre su deuda pública la financiación extraordinaria concedida a las CCAA y estas asumirán una serie de ajustes que actuarán a modo de garantía para su acreedor. Entre las diversas actuaciones de garantía, con la expresa habilitación del RDL 21/2012 primero y del RDL 17/2014 después, encontramos que el ejecutivo, por vía de reglamento, ha concretado las medidas de ajuste orientadas a la consecución de una serie de objetivos de estabilidad y de deuda pública. Dichas medidas han de ser acordadas por ambas partes conllevando la solicitud de “la reducción del Sector Público autonómico”, esto es, de sus partidas de gasto, así como “la supresión de las barreras o trabas al mercado interior y la eliminación de cargas administrativas”⁹¹ —*vid.* art. 25.a) del RDL 17/2014 en relación con los epígrafes primero y segundo de la DA 1ª de la Ley Orgánica 2/2012—.

Se verifica, pues, a la vista de la normativa sectorial, que no existe ninguna obligación legal de adhesión. Cuestión distinta será el poder negociador que puedan presentar las partes al momento de fijar los términos del préstamo. Y que, incluso, pueda devenir en un contrato de “adhesión”, en tanto en cuanto el Estado no ceda en la

⁹¹ Programa para la aplicación del compartimento fondo de liquidez autonómico del Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas para el ejercicio 2019, p. 18.



necesidad de incluir una serie de cláusulas previstas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, lo que no anula el carácter contractual o la existencia de consentimiento por todas las partes. Desde nuestro punto de vista, ello impide colegir, con arreglo a derecho, la posible existencia de medidas de coordinación que pudieran contradecir el reparto de competencias constitucionalmente establecido, al tratarse, en cualquier caso, de soluciones de cooperación interadministrativa. Este posicionamiento entendemos que puede ser confirmado mediante reducción al absurdo, ya que si diéramos por válida la tesis contraria en la que un ciudadano vea limitada su vía de financiación a su contratación con entidades financieras, siendo estas las que establezcan las cláusulas de concesión del préstamo, se debería concluir que en este tipo de contratos se estaría produciendo necesariamente una situación de extorsión. Evidentemente, se podría producir una situación de abuso si se establecieran cláusulas de difícil comprensión para el ciudadano que vicieran su consentimiento, pero ello no puede ser predicable o imaginable respecto de una Administración Pública como una Comunidad Autónoma, más aún, cuando las condiciones pactadas afectan a su campo habitual de actividad y/o funciones. Igualmente, desde esta óptica que descartamos se podría colegir que los mercados de deuda a los que acude el Estado español extorsionan a este y a todos los demás, al predeterminar los tipos de interés a los que están dispuestos a conceder financiación.

En cuanto a la vigencia del valor normativo del ENI y ENS y sus normas e instrucciones de desarrollo a la luz de la Ley 40/2015, desde nuestro punto de vista, esta estructura y su alcance básico no se ha visto alterada por la letra del art. 156 de la Ley 40/2015 en relación a su situación durante la vigencia de la LAECSP. En sentido



contrario, GAMERO CASADO⁹² viene a señalar que la omisión en dicho precepto de la expresa mención del instrumento reglamentario y del órgano competente para su aprobación, que sí figuraba en el art. 42.3 de la LAECSP, ha disminuido uno de los requisitos que posibilitan el desarrollo reglamentario de materia básica, cual es una adecuada y completa determinación de la habilitación para dicho desarrollo. A la hora de dar respuesta a la pregunta planteada sobre las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones del ENI y el ENS, el mencionado autor destaca una involución en la transición entre la LAECSP y las leyes 39 y 40/2015, al omitir el art. 156 el procedimiento y forma de aprobación de dichos esquemas, guardando silencio donde antes el art. 42.3 de la LAECSP indicaba que los mismos serían aprobados por Real Decreto del Gobierno, a propuesta de la Conferencia Sectorial de Administración Pública y previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local. De esta manera, aunque se cumpliría con el requisito del tipo de materia que permite esta delegación reglamentaria en materia básica, no existiría habilitación legal expresa al carecerse de indicación sobre quién y cómo elaboraría los instrumentos mencionados. Ello induciría necesariamente a que la mencionada estructura normativa se viera abocada a limitar su eficacia preceptiva a los organismos de la AGE.

No obstante, es lo cierto que la Disposición Final 14ª de la Ley 40/2015 no incluye al art. 156, ni ningún otro del Título III, como preceptos que no tengan carácter básico, por lo que ha de entenderse que están designados como tales.

Adicionalmente, encontramos el hecho de que a la entrada en vigor de la Ley 40/2015, al contrario de lo

⁹² GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., pp. 506 a 512.



que ocurría al momento de entrada en vigor de la LAECSP, ya se habían promulgado y estaban en vigor el ENS y el ENI. Ya habían sido aprobados por mor del procedimiento y de la competencia y detalladas en una norma con rango legal anterior. De esta manera, la Ley 40/2015 parte de dicha existencia para nombrar expresamente como elemento de desarrollo técnico de sus preceptos, no ya a un futuro, como ocurría en el año 2007, sino a una realidad de nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, entendemos que dicha designación se ha de entender hecha a los indicados activos jurídicos en su totalidad, incluida su tramitación y órgano que los ha aprobado y no solo a su articulado. Lo que conllevaría que la Ley 40/2015, a pesar de no hacer una habilitación de desarrollo reglamentario propia y completa, hace suya la habilitación de la LAECSP que permitió el entramado de normas de desarrollo reglamentario de carácter básico de primer y segundo orden que ahora nos ocupa. De hecho, puede verse cómo no se hace referencia a “un” ENI o “un” ENS, sino “al” ENI y “al” ENS.

Por tanto, el art. 156 de la Ley 40/2015 prescindiría de las indicaciones de los apartados 3 y 4 del art. 42 de la LAECSP, precisamente, por partir de un marco jurídico distinto. En concreto, de un marco jurídico donde los desarrollos reglamentarios aludidos ya existen. En conclusión, el carácter vinculante y unitario de esta arquitectura, generada en torno al ENS y al ENI, habría mantenido el mismo carácter de instrumento de coordinación estatal que presentaba inicialmente⁹³.

⁹³ Nos adherimos al posicionamiento expresado en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 320 y 321; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos procedimentales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la*



No obstante, sí se ha de coincidir en el hecho de que, a pesar de lo anterior, la reiteración de tales apartados hubiera sido deseable a los efectos de dar certeza a una eventual derogación y sustitución del ENS y del ENI por nuevas disposiciones, caso en el que, ahora sí, podrían tenerse serias dificultades para atisbar la existencia de una habilitación de norma estatal básica en vigor, a la hora de proceder a su aprobación, obligando a una exégesis más sofisticada que pudiera sostener su existencia en el caso de que la eventual modificación siguiera las mismas normas procedimentales y competenciales para su aprobación que los esquemas sustituidos.

Sobre la base de este punto de vista, no habría, al menos, de momento, menoscabo alguno de las previsiones de la LAECSP, pudiendo advertirse, en todo caso, un ahondamiento en el impulso de la interoperabilidad. En efecto, la Ley 40/2015, en la línea de lo adelantado por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ⁹⁴, ha venido a identificar expresamente la interoperabilidad como un pilar esencial e indispensable para la implementación de la administración electrónica. Concretamente, se ha transitado de un mandato general a favor de la interoperabilidad ex art. 41 de la LAECSP, al establecimiento de un “principio ordenador de las relaciones interadministrativas”⁹⁵ ex art. 3.2 de la Ley 40/2015, por el que se postula el funcionamiento electrónico, interoperable y seguro de la Administración. De otra parte, es lo cierto que, a diferencia de la LAECSP –art. 40–, por la DA 9 de la Ley 40/2015, se reducen

perspectiva de la innovación tecnológica, Madrid, Iustel, 2020, pp. 154 y 158.

⁹⁴ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 275 a 277.

⁹⁵ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., p. 507



los instrumentos de la Comisión —antes Comité— Sectorial de Administración Electrónica a técnicas de cooperación interadministrativa, sin que por esta se puedan adoptar medidas de coordinación.

Sea como fuere, y sin perjuicio de los efectos indirectos que la normativa sobre los medios generales de administración electrónica tendrá en materia de contratación pública, la LCSP se desmarcó de las previsiones de la DA Segunda de la Ley 39/2015, así como del art. 157.3 de la Ley 40/2015. Sin perjuicio de lo cual, cabe destacar que estas medidas, fundamentalmente de *spending review*, al igual que el ENI y el ENS, dada su forma participativa de elaboración, respondían a una serie de cautelas y buenas prácticas, previstas en el art. 22.7 de la Directiva 2014/24/UE, a la hora de facultar a la Comisión para la adopción de actos delegados orientados al establecimiento de normas técnicas que favorezcan la interoperabilidad⁹⁶. En concreto, se establece en el indicado precepto que para la utilización de dichos poderes la Comisión debe seguir una línea de actuación por la que se recaben los puntos de vista de los diferentes sujetos implicados o afectados por su ulterior decisión; el análisis de si la medida que se ha decidido adoptar ha contado ya con una experiencia de aplicación práctica y, en caso afirmativo, las consideraciones suscitadas a las partes que tuvieron contacto con la misma; los costes de adaptación a la norma proyectada; y, en último lugar, las posibilidades de adaptación de soluciones ya existentes y establecidas a los mismos efectos.

⁹⁶ Especialmente en los ámbitos de presentación de ofertas, catálogos electrónicos y autenticación electrónica.



4. La coordinación policéntrica introducida por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

Como hemos tenido ocasión de señalar en los epígrafes anteriores, la LCSP ha establecido un sistema de coordinación de corte policéntrico, de ámbito estatal y/o autonómico, de los perfiles del contratante de todos los poderes adjudicadores nacionales. Efectivamente, la senda iniciada por la Ley 20/2013 se cristalizaría en la LCSP, dando lugar a un definitivo elemento de coordinación policéntrica. Nuevo sistema base para la interoperabilidad de los perfiles del contratante para el que, como se desprende de lo anteriormente analizado, ha sido esencial, no solo la recepción en el art. 347 de la LCSP de las disposiciones de la DA Tercera de la Ley 20/2013, sino la acompañada introducción de la causa de nulidad del art. 39.1.c) de la LCSP. Sobre la base de este último precepto, no serán válidos los procedimientos de contratación pública que no publiquen su anuncio de licitación en un perfil del contratante alojado en la PCSP o en una plataforma autonómica. No nos atrevemos a afirmar, sin embargo y evidentemente, que exista un sistema de coordinación estatal pleno como consecuencia de la publicación por interconexión en la PCSP de determinados anuncios contenidos en perfiles alojados en plataformas autonómicas. En efecto, en este concreto caso, como ya se ha analizado, no existe una regulación expresa que aborde de manera completa este deber de interconexión, ya que no se prevén de manera taxativa las consecuencias de su incumplimiento. Desde nuestro punto de vista, ello podría ser suplido por la aplicación de la normativa general, si bien, dada la constatada dinámica interpretativa de carácter laxo del TACRC, expuesta en los apartados anteriores, se debe concluir



que, en la práctica, realmente, no existirá tal solución de coordinación, en sentido estricto.

En lo que respecta al Registro de Contratos del Sector Público, se echa en falta la existencia de un verdadero sistema de cooperación o coordinación que permita su interconexión con todos los perfiles del contratante, a los efectos de que la información reflejada en aquel responda a una visión en tiempo real del mercado español de los contratos públicos.

Finalmente, en relación al ROLECSP, entendemos que sí se puede apreciar un elemento de coordinación nacional de corte organizativo, dada la firmeza con la que la LCSP establece la obligación de todos los entes adjudicadores de aceptar la inscripción de los operadores económicos en este registro nacional. De manera que, en caso de no hacerlo, la exclusión del licitador sería manifiestamente encuadrable dentro del art. 48.1 de la Ley 39/2015 o, incluso, en su art. 47.1.a). Subsunción que, al contrario que en el caso de la interconexión entre plataformas de contratación, sí sería clara y que difícilmente admitiría argumentación en contrario.

Pero no podemos dejar de mencionar que el sistema de coordinación policéntrica establecida por la LCSP, en relación a los perfiles del contratante, presenta un elemento problemático en cuanto a su encaje constitucional que, al contrario que la DA Segunda de la Ley 39/2015 y el art. 157.3 de la Ley 40/2015, ha pasado más desapercibido⁹⁷. Dicho elemento es la exclusión *ad*

⁹⁷ Este artículo ha sido objeto del recurso de inconstitucionalidad 4261/2018, admitido a trámite el 6 de septiembre (BOE número 218, de 8 de septiembre de 2018, página 87699) promovido por la Comunidad Autónoma de Aragón frente a la LCSP. Aunque no se ha podido acceder a su contenido, parece que los motivos de inconstitucionalidad difieren de los que se expresan en este trabajo. Con posterioridad a la aceptación del presente artículo, ha sido



limine de las entidades locales del esquema policéntrico establecido por la LCSP, sobre la organización de los perfiles del contratante y su agrupación en torno a plataformas de contratación estatal y autonómicas.

El planteamiento de esta cuestión no supone nuestra censura del sistema de coordinación policéntrico con el nivel máximo de desagregación que se da en la Administración autonómica. Como se ha señalado, esta medida de coordinación es esencial y es la que ha posibilitado que el diseño del funcionamiento de la contratación pública electrónica en España haya transitado de un sistema en isla a otro en red o, al menos, continental, en el sentido de que los medios que pueden carecer de conexión entre sí tienen una envergadura notable y su número es reducido⁹⁸.

No obstante, hemos de analizar los efectos que se desprenden de la STC 55/2018 sobre la aseveración que contiene de que "el diseño, creación y mantenimiento de «servicios de administración electrónica» es un aspecto central de la «potestad de autoorganización» inherente a la autonomía"⁹⁹. Así las cosas, el mismo razonamiento jurídico que conduce a la interpretación conforme efectuada por el TC respecto de la DA Segunda de la Ley 39/2015, podría llevar a concluir que el policentrismo de hasta 19 núcleos autonómicos en materia de contratación pública, estaría vulnerando el ámbito competencial y de autoorganización de los municipios u

publicada la STC, Pleno de 18 de marzo de 2021, rec. 4261/2018.

⁹⁸ Como se señala en *Working paper "Linking up Europe: the importance of interoperability for eGovernment Services*, Comisión Europea, 2003, p. 4, la falta de interoperabilidad aboca a las Administraciones a una operativa aislada, así como a la generación de esfuerzos orientados a la implementación de la Administración electrónica de manera descoordinada.

⁹⁹ STC 55/2018, de 24 de mayo, rec. 3628/2016, FJ Undécimo, epígrafe b).



otras EELL. Estas Administraciones deberían mantener la libertad de establecer sus perfiles del contratante en otras plataformas libremente elegidas, creadas y/o participadas. Imperativo constitucional que nos conduciría a que de los veinte centros potenciales de fragmentación de las plataformas de contratación, se pasara hasta un potencial de otros 12.988 que representan las entidades locales que celebran contratos públicos en España y que también son poderes adjudicadores¹⁰⁰.

Desde nuestro punto de vista, ello podría ser defendible, dada la peculiar naturaleza de la contratación pública, a la hora de determinar su inclusión dentro de los respectivos ámbitos competenciales de las AAPP. La determinación de esta naturaleza ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la *Corte Costituzionale* italiana en una dinámica del Estado italiano iniciada a principios del siglo XXI, cuyas líneas maestras coinciden en sus objetivos con las medidas referidas de las Leyes 39 y 40/2015, y que dada la idéntica naturaleza de la contratación pública en Italia y en España, así como el paralelismo entre el art. 117 de la *Costituzione* italiana y el art. 149 de la CE, consideramos de interés su análisis, aunque lo sea someramente.

El primero de estos pronunciamientos se dio a raíz de la regulación introducida por el artículo 24.6 de la *Legge n. 448/2001 —finanziaria 2002*¹⁰¹, el cual mantenía la posibilidad de no adhesión de entes no estatales a las

¹⁰⁰ Sobre el cómputo de las entidades locales véase CANTERO MARTÍNEZ, J., «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, p. 211.

¹⁰¹ Leyes anuales equivalentes a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Posteriormente y hasta la actualidad pasaron a denominarse “*di stabilità*”



“*convezioni*¹⁰²” previstas en la *Legge finanziaria 2000* o a las “*convezioni*” territoriales de la *Legge finanziaria 2001*, pero instituía la obligación para todos los entes locales —salvo las ciudades metropolitanas— de que, en el caso de que no se produjera tal adhesión, su actuación autónoma debía consistir, necesariamente, en la adjudicación del contrato en cuestión a través de una subasta inversa, donde el precio de salida sería el establecido en los acuerdos nacionales correspondientes al tipo de producto. De este modo, se incide de manera significativa en la autonomía de una parte importante, al menos cuantitativamente, de las Administraciones Públicas territoriales no estatales¹⁰³. Régimen jurídico en el que la coordinación estatal empezaba a hacerse patente en el ámbito de la contratación pública local y que sería mantenido por el epígrafe 3 del artículo 24 de la *Legge n. 289/2002, —finanziaria 2003—*.

¹⁰² Se trata de un procedimiento de compra muy similar al acuerdo marco. De hecho, constituye una de las figuras previas acogidas por las Directivas de 2004 y 2014 a la hora de introducir a nivel europeo los acuerdos marco.

¹⁰³ Previamente, el *decreto Legge 18 settembre 2001, n. 347*, en su artículo 2.1 había instado el establecimiento de las disposiciones necesarias, por parte de las regiones, a fin de que los correspondientes poderes adjudicadores sanitarios y hospitalarios se adhirieran a las referidas *convezioni*. De manera adicional, en su epígrafe 2 añadía que la realización de un procedimiento de compra pública por parte de estos poderes adjudicadores tan solo podría llevarse a cabo para adquisiciones concretas en las que se demuestre la no conveniencia de actuación a través de *convezioni*. Tales procedimientos debían ser comunicados al, mismos comunicados al *Collegio Sindacale* y a la región correspondiente para su monitorización. Lo anterior suponía el establecimiento de un precedente sectorial de la expansión preceptiva del ámbito de centralización de la demanda de los poderes adjudicadores.



Ante ello, la región de Basilicata interpuso recurso de inconstitucionalidad¹⁰⁴, fundamentado en que el mencionado artículo 24, en sus epígrafes 6 y 7, excedería de las competencias atribuidas al Estado, puesto que el artículo 117.2 de la *Costituzione* en su apartado p)¹⁰⁵ solo le concede la competencia sobre la regulación de los órganos de gobierno y de las funciones fundamentales de los municipios, provincias y ciudades metropolitanas, y donde en su segundo párrafo se establece la coordinación de las finanzas públicas como una competencia concurrente con las regiones, en las que la intervención del Estado queda limitada a la determinación de los principios fundamentales. Contrariamente, la representación procesal del Estado arguyó que los objetivos perseguidos por los preceptos impugnados se dirigían a la consecución del respeto del pacto de estabilidad y, consecuentemente, de los objetivos de la Comunidad Europea recogidos en normas comunitarias “de igual rango respecto de las normas constitucionales”, sin que importe, en consecuencia, la naturaleza básica o de desarrollo de los preceptos impugnados. La contrarréplica de la región de Basilicata recordó la doctrina constitucional por la que se establecía que las exigencias del derecho comunitario no podían alterar el reparto interno de las competencias legislativas de las diferentes Administraciones territoriales italianas, suponiendo, en otro caso, la trasgresión del principio constitucional fundamental de equilibrio entre la

¹⁰⁴ Cuestión de inconstitucionalidad interpuesta junto con sendos recursos de las Regiones de *Toscana* y *Emilia-Romagna* contra los epígrafes 2, 3, 4, 9 y 13 del artículo 24 de la *Legge finanziaria 2002* y resuelto por la Corte Costituzionale en su sentenza 36/2004, 26 gennaio.

¹⁰⁵ Precepto que había sido modificado en virtud de la *Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*.



autonomía local y la unidad de la *Repubblica*, derivado del Título V de la parte segunda de la *Costituzione*.

Dicho debate entre Región y Estado fue finalizado por la *Corte Costituzionale*, en el sentido de que la obligación de adoptar los precios de las *convenzioni*, como precio de salida de una subasta inversa, no superaba los límites de intervención básica del Estado. Dicha respuesta se basaba en que la competencia de coordinación económica, y la discrecionalidad de la que dispone dentro de ésta —los cuales habían sido analizados previamente en la misma Sentencia en sede de los Fundamentos de Derecho relativos a las impugnaciones de los epígrafes 2, y 3 del artículo 24—, permite encuadrar, dentro del “poder del legislador estatal”, la facultad “de imponer a los entes regionales, por razones de coordinación financiera conexas a los objetivos nacionales, condicionados también por las obligaciones comunitarias, obligaciones en sus políticas de presupuesto, aunque estas se traduzcan, inevitablemente, en limitaciones indirectas de la autonomía de gasto de los entes”. Por tal motivo quedaba confirmada la constitucionalidad de tales previsiones.

Respecto de esta resolución de la *Corte Costituzionale*, ha de tenerse en cuenta la inexistencia en el art. 117 de la *Costituzione* italiana de atribución competencial expresa reconocida al Estado sobre contratación pública. Si a ello se añade que la cláusula residual de atribución de competencias no previstas se establece en favor de las regiones y no del Estado —párrafo cuarto del art. 117—, aquella podría considerarse atribuida a las regiones. No obstante, la *Corte* había establecido originariamente en relación al contrato de obras públicas, haciéndolo extensivo posteriormente a “toda la



actividad contractual de la Administración Pública”¹⁰⁶, que la competencia sobre dicho ámbito dependerá de los diferentes aspectos materiales de cuya regulación se trate. Lo que lleva a concluir que la redacción de los párrafos primero y segundo del art. 117 no se refiere a materias en sentido “técnico”, sino a competencias de carácter general que podrán abarcar o estar presentes en estas materias técnicas¹⁰⁷ siempre con respeto a los principios de proporcionalidad y de adecuación. Tales indicaciones fueron, inicial y expresamente, establecidas en relación a competencias exclusivas del Estado, haciéndose extensivas, posteriormente, al desarrollo básico de competencias del Estado concurrentes con las regiones siempre que no se rebasara tal regulación de base¹⁰⁸.

A este respecto y como se ha indicado, si tenemos en cuenta la idéntica naturaleza de la contratación pública en Italia y en España, así como el paralelismo entre el art. 117 de la *Costituzione* italiana y el art. 149 de la CE, podría extrapolarse a nuestro ordenamiento jurídico la consideración de la contratación pública como una materia técnica al servicio de cada una de las competencias sustantivas contenidas en los arts. 148 y 149 CE y con su consiguiente reflejo en forma de procedimiento administrativo. La contratación pública no constituiría, por tanto, un fin en sí mismo, sino una “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas

¹⁰⁶ Corte Costituzionale , Sentenza n. 272/2004, 27 luglio; Sentenza n. 401/2007, 23 novembre; Sentenza n. 303/2003, 1 ottobre.

¹⁰⁷ TASSONE, A. R., «Il codice dei contratti pubblici e le autonomie», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer; CEDAM, 2016, p. 107.

¹⁰⁸ Corte Costituzionale , Sentenza n. 44/2014, 13 marzo, comma 6 del Considerato in diritto.



públicas”¹⁰⁹, por lo que solo podrá ser considerada como elemento competencial de forma conjunta con las competencias referidas en los indicados artículos a las que preste servicio. Esto sería suficiente para justificar, sobre la base del art. 149.1.18 CE, una competencia exclusiva en el procedimiento administrativo en materia de contratación pública desarrollado en una dimensión externa. No obstante, en el caso de España esta cuestión se ve simplificada al prever también dicho precepto, de forma expresa, la competencia exclusiva del Estado sobre la “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas” e incluir tal mención en el referido precepto por el que se refiere el establecimiento de un procedimiento administrativo de base uniforme. Por las razones expuestas, la *Corte Costituzionale* avaló el influjo en materia de contratos públicos a través de la atribución competencial de esas materias generales o sustantivas. Entre ellas, tanto la materia de la Administración contratante para la cual sirve el suministro o de la que se desprende su necesidad, como aquellas otras de control y supervisión del gasto público canalizado a través del contrato. De este modo, la *Corte Costituzionale* confirmaba, no solo la potestad estatal para exigir la concentración de la demanda de sus propios entes adjudicadores, sino también la posibilidad de que los mismos predeterminaran diferentes aspectos

¹⁰⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.», en RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (coord.) *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 20. Sobre la concepción de la contratación pública como “instrumento eficaz de intervención en la vida económica, política y social” véase SPIAZZI, D., «Appalto pubblico (Diritto Comunitario) -voce-», en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1980, p. 338.



procedimentales y contractuales de los procedimientos autónomos de licitación llevados a cabo en el ámbito local.

Resulta significativo que, también en el contexto español, a pesar de la mayor claridad que otorga el art. 149.1.18 CE a la hora de vislumbrar el alcance de la competencia del Estado sobre el ámbito objeto de estudio, nuestro Tribunal Constitucional no ha dejado pasar la ocasión de justificar la acción del Estado desde una perspectiva de estabilidad presupuestaria o *spending review*. Así, su Sentencia del Pleno número 84/2015, de 30 de abril, rec. 1884/2013 vino a señalar que las normas que disciplinan el procedimiento de preparación y adjudicación de un contrato público —FJ 5.a)—:

“que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y aseguran, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una 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. En definitiva, estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones [SSTC 141/1993, de 22 de abril, FFJJ 5 y 6 b); 56/2014, de 10 de abril,



FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos”.

No obstante, partiendo de esta hipótesis de la contratación pública como elemento anejo o instrumental de las competencias generales, entendemos plausible que las mismas conclusiones que el TC establece respecto del control administrativo del Estado de las decisiones adoptadas por las CCAA en relación a la implementación de medios electrónicos, lo serían también respecto de los ámbitos estatal y autonómico en relación al ámbito local. Desde esta perspectiva, si tenemos en cuenta que la LCSP no establece para las EELL un control administrativo en orden a la implementación de plataformas de contratación para alojar sus perfiles del contratante, sino que directamente les impide su alojamiento en plataformas propias, obligando a hacerlo en plataformas autonómicas o en la PCSP, debería concluirse que se estaría condicionando de manera muy significativa el diseño, creación y mantenimiento de “servicios de administración electrónica”. En concreto, aquellos servicios para la licitación electrónica de contratos relativos a materias que sean de su competencia, de acuerdo con los arts. 25 a 27 de la LBRL. Lo que supondría, en última instancia, afectar las posibilidades de regulación de su nivel de servicio en relación con aquellas, especialmente un aspecto central como el de la «potestad de autoorganización» inherente a su autonomía, consagrada en los arts. 137, 140 y 141 CE, según desarrollo efectuado por el TC.

De todo lo anterior se desprende que las Leyes 39 y 40/2015 han detectado la existencia de un problema esencial de la administración electrónica en nuestro país, aunque la respuesta dada sea manifiestamente mejorable, tal y como pasamos a analizar en el siguiente epígrafe. A pesar de ello, en materia de contratación pública, la respuesta dada ha conseguido aquietar a las



Administraciones autonómicas, aunque el diseño policéntrico establecido, pese a ser funcional y operativo, pueda generar ciertas dudas respecto de su constitucionalidad y respeto de la autonomía local¹¹⁰.

II. Consideraciones sobre los límites y posibilidades de expansión de la coordinación estatal a la luz de las sentencias del TC de 2018

A la hora de abordar la cuestión de la interoperabilidad de los servicios públicos de la administración electrónica, es indispensable hacer una especial referencia a dos dimensiones del funcionamiento de la contratación electrónica y que en ocasiones son objeto de confusión: el *back office* y el *front office*. Distinción, que a la luz de las leyes 39 y 40/2015, así como de la LCSP, parece no haberse efectuado.

Partiendo de la premisa de una debida evolución sincrónica y coordinada de ambas dimensiones, donde el *back office*

¹¹⁰ Como se desprende de lo indicado, las dudas que nos suscita este aspecto tendrían relación con la autonomía del ente local. En la libertad que esta le otorga en el diseño de sus servicios públicos, debería permitirle elegir no solo entre una plataforma estatal o autonómica, sino también entre las que se pudieran desarrollar a nivel provincial o municipal. Tales dudas son expresadas, no obstante, por otros autores desde el punto de vista de la invasión del Estado de las competencias autonómicas sobre régimen local. *Vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., «Aspectos conexos relativos a la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, p. 355.



vaya preparando y habilitando el camino para la transformación del *front office*¹¹¹, ha de colegirse que cada una de ellas debe contar con objetivos diversos de interoperabilidad, de diferente alcance y perspectiva en cuanto a su relación con el sistema de atribución competencial, inédita respecto del funcionamiento de la administración en papel. No obstante, dada la dinámica, destacada por GALLEGO CÓRCOLES, de urgencia y acción, en detrimento de otra de preparación y planificación, ambas se habrían confundido en un *totum revolutum*, cuyo fruto es que se aprecie al *back office* como único o predominante elemento de referencia en la implementación de soluciones para la administración electrónica.

De hecho, en la dinámica de implementación de los medios electrónicos, a los efectos de cumplir con los objetivos impuestos por el legislador europeo, parece ponerse de manifiesto, como constante, una predominante preocupación de los poderes públicos o poderes adjudicadores de salvaguarda de su autonomía en el seno del *back office*, sin atender a la repercusión que ello pudiera ocasionar en el *front office* o interfaz del servicio público electrónico para la ciudadanía. Como consecuencia de esta perspectiva incompleta o miope, se ha originado, en cierto modo, una "Torre de Babel" de soluciones de administración electrónica¹¹², que, en el campo de la contratación pública, afecta de manera directa a la unidad de mercado del Estado y a los

¹¹¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, p. 324.

¹¹² BLANCO GONZÁLEZ, F., «Subastas electrónicas y Sistemas dinámicos de contratación», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, p. 65.



principios básicos de libre concurrencia y competencia¹¹³, así como a la libre circulación de bienes dentro de nuestras fronteras —art. 139.2 CE—. Esta confusión y el sentido de la misma, en un periodo de transición y transformación técnica respecto de los instrumentos puestos a disposición del Sector Público, ha tenido como principal efecto en nuestro país la existencia de una relativización de las facultades de coordinación del Estado en el establecimiento de un procedimiento administrativo común para todos los ciudadanos.

En este ámbito, si se analiza con profundidad la STC 55/2018, puede colegirse cómo sus afirmaciones a la hora de determinar que el “diseño, creación y mantenimiento de servicios de administración electrónica es un aspecto central de la ‘potestad de autoorganización’ inherente a la autonomía”, se están refiriendo al *back office* relativo a dichos servicios. Es evidente la interrelación entre las dimensiones externa e interna del funcionamiento de la Administración y que de dicho diseño se derivan diversos niveles de funcionalidad y/o calidad del servicio ofrecido al ciudadano dentro de la dimensión del *front office*. Pero también es lo cierto que dentro de la dimensión externa se integrarán otras consideraciones, directamente relacionadas con la competencia estatal establecida en el art. 149.1.18 CE y su referencia al régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como elemento comprensivo de las bases del procedimiento, el régimen de recursos y de la organización de todas ellas. Con el fin último de que el Estado se instituya en garante “de un tratamiento uniforme de las instituciones esenciales atinentes a las públicas Administraciones y de que el régimen jurídico

¹¹³ VIANA, C., «Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa», en GIMENO FELIÚ, J.M. (coord.) *Observatorio de los Contratos Públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 289.



de las autonómicas no discrepe del referente al Estado”¹¹⁴.

En el ámbito de la Ley 30/92, puramente referido a la administración en papel, dicha distinción no suponía mayor problema, toda vez que las disposiciones del legislador estatal para la regulación de los elementos organizacionales y procedimentales necesarios para garantizar el tratamiento uniforme de los administrados ante cualquier Administración, se centraba en aspectos del *front office* con una escasa incidencia en el *back office*. A modo ejemplificativo, la determinación en dicho contexto de la presencia de un registro público o del procedimiento de notificación, tan solo obligaba, en lo que es propio del *back office* de las Administraciones, a adecuar unos recursos y procedimientos prácticamente unívocos y sin sustitutivos posibles a las indicaciones efectuadas por el legislador estatal. Sin embargo, en un contexto de administración electrónica, esas mismas determinaciones tendrán, inevitablemente, un efecto mayor en sede de *back office*. Así, frente al envío de una carta o al estampado de un sello, con una solución

MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.; GONZÁLEZ RIVAS, J.J.; HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J. y otros, Constitución Española (Comentada), cit., p. 524; GAMERO CASADO, E., «Reparto competencia y posibilidades competenciales», cit., p. 78. Coincidimos con este último autor en la determinación de que “la administración electrónica no constituye un título competencial específico, debiendo integrarse en los correspondientes al régimen jurídico básico del sector público y al procedimiento administrativo común”. Por tanto, dentro del respeto a la autonomía de las Administraciones territoriales a la hora de diseñar sus plataformas electrónicas, las cuales afectarán al contenido de los servicios prestados, existirá una competencia estatal, a la hora de establecer las bases de un funcionamiento de dicha actividad administrativa electrónica, orientada a garantizar el acceso en condiciones de igualdad de toda la ciudadanía española.



susceptible de escasas, y poco significativas variantes, la estructuración y disposición de servicios en línea dispondrá en el mercado de una amplia gama de soluciones diferentes, no necesariamente compatibles entre sí. Como consecuencia inmediata, la limitación de los equipamientos tecnológicos y configuración de los dispositivos requeridos por los administrados —uniformidad de equipamiento—, así como del número de interfaces, lógicas de funcionamiento y sistemáticas de las herramientas —uniformidad funcional—, tendrán en el *back office* de la Administración, un efecto significativo en el ámbito de la administración electrónica. Como señala GAMERO CASADO, en los actuales marcos de administración electrónica, todo elemento propio del *back office* que conecta con el *front office* requiere de soluciones de interoperabilidad, de modo que esta no puede vincularse, exclusivamente, a cuestiones meramente organizativas. Aquella limitación referirá solo una de las dimensiones de la interoperabilidad, si bien la totalidad de los efectos e implicaciones de esta se harán notar, irremediablemente, en el acto y procedimiento administrativo¹¹⁵.

Lo anterior debe conducir a una necesaria modificación del enfoque del art. 149.1.18 CE, a la hora de garantizar, también en un contexto de *e-Government*, el tratamiento común de todos los ciudadanos ante cualquier Administración Pública. Así, debe incluirse como elemento esencial al respecto, e incluido dentro de las atribuciones del indicado precepto constitucional, el concepto de interoperabilidad y su consecución en unos umbrales de mínimos¹¹⁶. Lo que requerirá reconocer, desde todos sus niveles de implicación, la transición de

¹¹⁵ GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», cit., pp. 298 y 322.

¹¹⁶ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 205 y 331.



aquel desde su rol de elemento accesorio o residual en la administración en papel al de auténtico protagonista o pilar de la viabilidad y garantías del sistema. En concreto, los niveles mínimos de interoperabilidad aludidos presentarán como finalidad la simplificación, así como mejorar la posición del ciudadano en relación a los actos, procedimientos administrativos y servicios públicos, a pesar de que el mismo pueda conducir necesariamente a un "paralelo constreñimiento de la potestad de autoorganización de todas las Administraciones Públicas". Especialmente, en lo que atañe al diseño de su trabajo administrativo y a los medios empleados para ello. En otras palabras, por este medio será necesario garantizar, en última instancia y dentro de la "unidad global del Estado", una armonización de mínimos de la actuación de toda Administración, en tanto que la misma representa una manifestación de una parte del todo en que se integra¹¹⁷.

Como efecto de lo anterior, podrá producirse de manera consustancial, en mayor o menor medida, un condicionamiento del desarrollo del medio tecnológico a fin de que responda a determinadas pautas, pudiendo llegar, incluso, a limitarse la selección de los productos ofrecidos por los proveedores en el mercado. Sin embargo, ello no puede menoscabar la competencia estatal establecida en el art. 149.1.18 CE, lo que exige proceder a su rearticulación o adaptación al nuevo paradigma de administración¹¹⁸.

¹¹⁷ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 104.

¹¹⁸ Sobre la aplicación del art. 149.1.18 CE como base sobre la que podría fundamentarse el papel uniformador del Estado en materia de administración electrónica, véase, GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», cit. pp. 69 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J. L.,



Como ha señalado el TC¹¹⁹, el alcance competencial del Estado, en relación al régimen jurídico de las Administraciones Públicas, determina que

“el Estado puede establecer, [...] principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones Públicas”. Ello vendría a incluir “la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones Públicas (STC 32/1981, fundamento jurídico 6.º), la organización de todas las Administraciones Públicas (STC 76/1983, fundamento jurídico 38), los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones (STC 214/1989) o la composición, funcionamiento y organización de las mismas (STC 35/1982). [...] La personificación de las Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales (STC 14/1986, de 31 de enero), así como el campo de las relaciones interadministrativas y de la coordinación entre Administraciones Públicas (STC 76/1983, de 5 de agosto)”.

Por su parte, en relación al procedimiento administrativo común, en los propios términos utilizados por el TC¹²⁰, “el adjetivo «común» que la Constitución utiliza, lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la

«Revolución tecnológica y nueva administración», cit. pp. 45 y ss.

¹¹⁹ STC, Pleno, 50/1999, de 6 de abril, rec. 521/1193 y 547/1993, FJ Tercero.

¹²⁰ STC, Pleno, 227/1988, de 29 de noviembre, rec. 824, 944, 977, 987, 988/1985, 995/1986 y, 512 y 1208/1987, FJ. Trigésimo Segundo.



determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento”.

A la luz de dicha concreción del TC, entre los aspectos “comunes” o “basales” del procedimiento y de los servicios públicos en el ámbito de la administración electrónica se confirma, a nuestro entender, la inclusión de los requisitos técnicos de interconexión, la dirección electrónica a la que se ha de acceder¹²¹, incluida la propia interfaz en la que deberá actuar para el desarrollo electrónico de su interacción con la Administración, deviniendo recomendable la “homogenización de las herramientas tecnológicas, pero desde la posición del ciudadano”, como elemento facilitador de su acceso real y efectivo al procedimiento y al servicio electrónicos. A este fin, su configuración asistemática se instituirá en un importante obstáculo, cuando no impedimento¹²². A tales efectos y con carácter general, encontraríamos tres elementos esenciales, como son la sede electrónica, el registro electrónico y el sistema de notificaciones electrónicas¹²³.

¹²¹ Sobre la importancia de este aspecto, precisamente en relación a la PCSP, véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 454.

¹²² BLASCO DÍAZ, J. L., «Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración», *Revista española de Derecho Administrativo*, vol. 136, 2007, p. 12.

¹²³ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., pp. 1910 y 1911.



Así, por un lado, y de acuerdo con la afirmación del TC en su Sentencia 55/2018, deviene inviable establecer mandatos directamente referidos al *back office* de las Administraciones infraestatales, para evitar vulnerar su derecho de autoorganización. No obstante y a la vista de lo anterior, también debemos reseñar que en el actual paradigma de funcionamiento de la Administración no decae la competencia estatal del art. 149.1.18 CE, por lo que el legislador estatal puede predeterminar una serie de indicaciones de obligado cumplimiento que garanticen la interoperabilidad y homogeneidad de la dimensión externa de los medios electrónicos empleados. Actuación de coordinación legislativa necesaria para garantizar ese ya referido "mínimo común denominador normativo que garantice un tratamiento común de todos los ciudadanos ante cualquier Administración Pública"¹²⁴, lo que, en el momento actual, tras la descoordinación previa a la LCSP, ha de pasar, fundamentalmente, por la consecución de soluciones de interoperabilidad proyectadas hacia el pasado, esto es, buscando hacer interoperables sistemas ya implantados. Lo que supondrá, evidentemente, una dificultad mayor que las soluciones de interoperabilidad proyectadas hacia el futuro¹²⁵, pero cuyo coste resulta irrenunciable asumir, en pos de la operatividad y garantías del sistema.

No en vano, el sexto principio del EIF, referido a la "centralidad del usuario", viene a indicar que han de ser tenidos en cuenta los ciudadanos a la hora de determinar la forma en la que serán ofrecidos los servicios públicos electrónicos, de manera que se facilite su acceso

¹²⁴ GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», cit. pp. 83 y 84.

¹²⁵ GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», cit., pp. 299 y 300.



respecto de cualquier Administración Pública¹²⁶. BLASCO DÍAZ, sobre este punto, viene a señalar que los propios principios que justifican el proceso de implementación de la administración electrónica —buena administración, eficiencia, eficacia, etc.— conllevan que en su “esencia” se encuentre la “exigencia” de que los ciudadanos no deban, bajo ningún concepto, resultar perjudicados por el mismo¹²⁷, debiendo observarse un “principio de intangibilidad de las garantías del interesado y del procedimiento”¹²⁸. Frente a lo que nos encontramos que la obligatoria utilización de una pluralidad de herramientas electrónicas, estructuradas de manera fragmentada e independiente, supondrá la imposición de un coste de adaptación a múltiples soluciones tecnológicas, el cual se traducirá en una fuerte barrera de acceso a la contratación pública, especialmente para las PyMEs¹²⁹.

Así pues, en defecto de la efectividad de las iniciativas de cooperación, la coordinación de la dimensión externa de la administración electrónica, dentro de los límites del art. 149.1.18 CE, debe establecerse como instrumento último por el que se garantice la necesaria posición de igualdad y acceso, en dichos términos, del ciudadano,

¹²⁶ Sobre la base de este principio, coincidimos con MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos procedimentales», cit., p. 174, en el hecho de que la regulación de la sede electrónica debería figurar en la Ley 39/2015 y no en la Ley 40/2015.

¹²⁷ BLASCO DÍAZ, J. L., «Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración», cit., p. 2.

¹²⁸ DE ASÍS ROIG, A., «Documento electrónico en la administración pública», *Cuadernos de derecho judicial*, vol. 11, 1996, p. 171.

¹²⁹ BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, Milano, FrancoAngeli, 2008, p. 42



frente a cualquier Administración¹³⁰. A tal efecto, la Comisión Europea viene a plantear la necesidad de contar con un único punto de contacto, homogéneo para los ciudadanos, con independencia de la Administración con la que se relacionen y que oculte la complejidad estructural propia del *back office* de cada Administración¹³¹.

En este sentido, tanto el ENI como el ENS se confirman como elementos esenciales, pero que requieren ser debidamente complementados. Por un lado, con el

¹³⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II*, Madrid, Iustel, 2018, p. 33. Aunque no se ha podido acceder al documento, entendemos que las consideraciones efectuadas en el presente epígrafe divergen de la línea seguida por el recurso de inconstitucionalidad 4261/2018, admitido a trámite el 6 de septiembre (BOE número 218, de 8 de septiembre de 2018, página 87699) promovido por la Comunidad Autónoma de Aragón frente a la LCSP. Entre los preceptos impugnados encontramos el art. 63.4 y 347.3, párrafos tercero y quinto. Como se ha indicado en la nota 97, dicho recurso ha sido objeto de sentencia con posterioridad a la aceptación del presente artículo.

¹³¹ *New European Interoperability Framework: Promoting seamless services and data flows for European public administrations*, Comisión Europea, 2017, p. 15; GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», cit., p. 294. Sobre experiencias en este sentido implementadas en nuestro país, véase MORO CORDERO, M. A., «La interoperabilidad como necesidad», cit., p. 520. La centralidad del usuario se trata de un elemento destacado tradicionalmente en el funcionamiento de la Administración, tal y como señala MARTÍN MATEO, R., «El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total», *Revista de administración pública*, vol. 134, mayo-agosto, 1994, p. 11, citado en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 54.



establecimiento de la previsión expresa en la normativa de las consecuencias de su incumplimiento y, de otro, con la efectiva previsión de la interconexión general de los diversos medios y herramientas electrónicas empleadas en su dimensión externa. Ambas líneas de actuación van de la mano, tal y como pasamos a señalar. Ante un acto administrativo o servicio público, provisto o apoyado a través de una estructura electrónica, que no cumpla con los requisitos del ENI y del ENS, se generarán, sin duda alguna, serias dificultades de prueba para el administrado, obligándole a recabar una información técnica que de manera completa solo obrará en poder de la Administración. Su obtención en vía administrativa puede verse, previsiblemente, obstaculizada o diferida en el tiempo. Al tiempo que su obtención en sede contencioso-administrativa obligará a la previa interposición de una acción judicial sometida, en materia de costas procesales, al criterio del vencimiento —dificultad de acceso a la información—.

Aun en el caso de que se obtenga una información completa que permita acreditar ante terceros el incumplimiento del ENI y el ENS, a veces, será conveniente valerse de peritos especialistas en la materia, incrementando los tiempos y el coste de su actuación —dificultad de comprensión de la información—.

Y, aun superados los escollos anteriores, podría no ser clara la influencia del incumplimiento del ENI y el ENS por la Administración actuaria, respecto de la validez de sus actos —dificultad de eficacia jurídico-subjetiva—. En relación a este último aspecto, si partimos de las consideraciones de la STC 55/2018, debemos colegir que el medio electrónico influye de manera decisiva en la calidad de los servicios prestados por la Administración. De este modo, se pone de manifiesto la existencia de una influencia sustantiva del medio en cada uno de los actos canalizados de alguna manera a través de aquel. Así las



cosas, puede afirmarse que el medio empleado influye de forma decisiva en el acceso efectivo a la notificación del acto, así como posteriormente, en la formulación de la respuesta que resulte oportuna por parte del administrado. Esta afectación en la relación entre Administración y ciudadano debería conllevar que, en caso de incumplimiento por parte de la primera, podría denunciarse su validez ex art. 47.1.a) de la Ley 39/2015 en relación con los arts. 14 y 24.1 CE; o, en su defecto, y en todo caso, a través del art. 48.1 de dicha norma legal. No obstante, también asumimos de antemano que la anterior consideración o consecuencia no sea aceptada mayoritariamente y que sea contraargumentada con alegaciones similares a las ya expresadas por el TS en materia de administración electrónica. Nos referimos, concretamente, al criterio del Alto Tribunal sobre las notificaciones electrónicas que no vayan acompañadas por aviso al correo electrónico indicado por el administrado o asociado a su DEH. A este respecto, y en aplicación del art. 41.6 de la Ley 39/2015, se ha negado que se pueda apreciar mala fe de la Administración por la ausencia de aviso al correo electrónico de la puesta a disposición de una notificación en la correspondiente sede electrónica o dirección electrónica, aun cuando las notificaciones previas en el procedimiento se hayan llevado a cabo en papel. Sin embargo, el TS sí considera que existe falta de diligencia por parte del administrado, en el caso de que teniendo conocimiento de la existencia del medio a través del cual se harán las notificaciones electrónicas, no proceda a comparecer en el mismo de manera periódica y deje transcurrir el plazo establecido para ello desde su puesta a disposición. Lo que implica la necesidad, en palabras del TSJ de Aragón, de una "revisión directa de los buzones, al menos una vez cada



10 días”¹³². A la vista de ello también tendría cabida el punto de vista consistente en que, dentro de la diligencia debida —excesiva a nuestro entender— del administrado obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración, se encontrará el conocimiento, consulta y aprendizaje de la utilización de los medios electrónicos empleados por los poderes públicos, con independencia de su enésima potencial reproducción con variantes. Es más, dicho deber de revisión *motu proprio* de las correspondientes plataformas de notificación, en relación a un concreto sector de profesionales, como son los profesionales de justicia, ha sido mantenido por el TC con la indicación, respecto de la asincronía en la implementación de las soluciones tecnológicas en los diferentes territorios y/o la utilización de herramientas diversas, de que la actuación en diversas zonas geográficas por parte del profesional “será siempre una opción libre”, siendo suya la “responsabilidad consecuente de racionalizar entonces su trabajo”, al tiempo que el funcionamiento de las diversas plataformas es “similar”¹³³.

Del mismo modo, sería factible argumentar que el incumplimiento del ENI o el ENS podría derivarse de un comportamiento no negligente de los poderes públicos,

¹³² Vid. STS 1927/2017, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 11 de diciembre, rec. 2436/2016, en relación a la estructura de notificación electrónica ya existente con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 39/2015. Sobre el análisis en profundidad de esta estructura bifásica, véase, STS 47/2018, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 17 de enero, rec. 3155/2016. En aplicación de la LPAC nos remitimos a la STSJ de Aragón 158/2017, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, de 5 de abril, rec. 227/2016 a la cual pertenecen los incisos citados de manera literal.

¹³³ STC, Pleno, 6/2019, de 17 de enero, rec. 3323/2017, FJ Sexto, epígrafe c).



sino derivado de sus limitaciones de financiación. Es más, a favor de este último punto de vista, podemos encontrar ausencias importantes en la determinación normativa, con carácter preceptivo, de la interconexión plenamente funcional de los diferentes medios electrónicos. Así, por un lado, encontramos una regulación del ROLECSP donde se determina la obligada aceptación de sus asientos ante cualquier ente contratante del Sector Público. Ello permite instituirlo en la última pieza o engranaje que permitiera activar los efectos del incumplimiento de los mandatos del ENI o ENS a través de la validez de los actos administrativos relacionados. Mientras que, en el caso de las plataformas de contratación, ese elemento final que determina la relevancia *ad extra* o en el *front office* del cumplimiento de los deberes de interoperabilidad será más limitado. Como se ha tenido ocasión de analizar, la interconexión expresamente señalada en la LCSP es la de publicación en la PCSP de los anuncios de licitación y adjudicación de los procedimientos de licitación incluidos en perfiles del contratante alojados en plataformas autonómicas. Más allá de esas obligaciones de interconexión, el incumplimiento del ENS y el ENI, al no traducirse en una obligación concreta en el ámbito de la organización y funcionamiento del *front office* de la Administración, en relación a la validez de los actos administrativos emanados, podría considerarse que, todo lo más, originaría un defecto de carácter formal sin capacidad para situar en posición de indefensión al administrado. Finalmente, cabe reseñar que, aun en el caso de un cumplimiento riguroso y generalizado del ENI y el ENS, así como de sus normas e instrucciones de desarrollo, lo que se conseguirá en relación al administrado es una uniformidad del equipamiento tecnológico empleado, pero no una uniformidad funcional. Podrían, por tanto, conseguirse sistemas interoperables y susceptibles de conexión en su *back office*, aunque presentados de



manera independiente, con su propia interfaz, sistemática y dirección electrónica en su relación con el ciudadano.

Todo lo anterior nos lleva a concluir la esencialidad del ENI y el ENS y de sus normas e instrucciones de desarrollo, y la necesidad de que se contemple expresamente la posibilidad de que el ciudadano pueda operar, en relación a los diversos servicios, en cualquiera de las plataformas de misma funcionalidad puestas a su disposición por cualquier Administración —lo que nos lleva a un planteamiento de solución en la línea de los epígrafes 1 y 4.a) del art. 16 de la Ley 39/2015—. O bien, que se genere una interfaz o plataforma estatal que permita operar y enviar la información a las diversas soluciones electrónicas del organismo destinatario, de forma similar a la DEHú respecto de las sedes electrónicas de las Administraciones adheridas. De esta manera, se aprovecharían, en sede de *front office*, las ventajas o situación de partida ideal permitida por los esquemas mencionados y sus desarrollos. Al mismo tiempo, su incumplimiento, de igual manera que en relación al ROLECSP, sí sería, ahora sí, fácilmente vinculable a la invalidez de los actos administrativos, vía arts. 47.1.a) o 48.1 de la Ley 39/2015.

Es cierto que podría llegar a tener encaje dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en materia de contratación pública, una solución que obligara a los operadores económicos, como parte de su actividad profesional, a desarrollar un equipamiento, conocimiento y pericia en el desarrollo de todas y cada una de las plataformas a las que pueda dar lugar el sistema de organización policéntrica español. Ahora bien, dicha decisión iría en contra de los propios intereses generales, ya que reduciría en gran medida la presión competitiva del mercado de la contratación pública, estableciendo una tendencia natural a su segmentación territorial. Para fomentar dicha competencia es necesario reducir los



costes de licitación, pues la propia estructura del procedimiento de licitación viene a establecer la obtención de la condición de adjudicatario como un hecho futuro posible, pero improbable. De hecho, cuanto mayor sea la improbabilidad, mayor salud manifestará el sistema de contratos públicos. A lo que cabe añadir que el encaje de dicho posicionamiento, desde una perspectiva europea, también sería más complejo.

Consideramos, por tanto, que el posicionamiento rigorista-formal expuesto con los operadores económicos en la fase de licitación no es conveniente para el interés público, debiendo centrarse ese especial rigor y exigencia de profesionalidad en la fase de ejecución del contrato. De hecho, podemos encontrar experiencias en países de nuestro entorno que avanzan en la línea señalada.

Así, la Ley portuguesa 96/2015, en su artículo 5, viene a posibilitar que los operadores económicos puedan escoger la plataforma electrónica que desean emplear para la presentación de las ofertas. Solución completamente acertada, a nuestro entender, que permite compaginar las actividades autónomas del *back office* de cada organismo competente con un *front office* común o uniforme para cada ciudadano. Esta óptica establece al ciudadano y a la unidad de mercado como presupuestos irrenunciables a los que, necesariamente, deberá amoldarse la actuación, coordinada o no, y cooperativa o no, de cada órgano de contratación o Administración competente en la materia. A tales efectos y de manera similar al esquema británico, esta interoperabilidad, necesaria a los efectos de que los derechos del ciudadano no choquen frontalmente con la operatividad del sistema, se sustenta en un control *ex ante*, en virtud del cual las soluciones de administración electrónica implementadas por los diversos operadores económicos deberán obtener, para su puesta en funcionamiento, una licencia conferida por el Instituto de



los Mercados Públicos, Bienes Raíces y de la Construcción.

Esta solución resulta mucho más encuadrable dentro del art. 149.1.18 CE que la inicialmente prevista por la DA segunda de la Ley 39/2015, marcando uno de los grandes cauces que permitirá el mantenimiento y virtualidad de esta competencia estatal, a la hora de garantizar un procedimiento administrativo uniforme en toda España, dentro del nuevo contexto de implementación creciente de administración electrónica. Su puesta en práctica requeriría, en materia de contratación pública, una deseable extensión de la interconexión prevista en el tercer párrafo del art. 347.3 de la LCSP a los servicios adicionales de licitación, presentación de ofertas y realización de notificaciones. Además, a nivel local, siempre que se cumplan los principios de equilibrio presupuestario señalados en la DA Segunda de la Ley 39/2015, permitiría no constreñir necesariamente su capacidad de autoorganización, posibilitando el alojamiento de sus perfiles del contratante en plataformas propias¹³⁴.

¹³⁴ GAMERO CASADO y MARTÍN DELGADO abogan por reconducir el alojamiento de los perfiles del contratante a la sede electrónica, en combinación con, el Punto de Acceso General de la Administración actuaria. *Vid.* GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», *Cuadernos de Derecho Local*, vol. 48, 2018, p. 169; y MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 1976. Dicha propuesta podría evitar las dificultades de encaje constitucional que se han referido. Ahora bien, el regreso a un sistema que desborde una red estatal-regional deberá orquestarse con sistemas de interoperabilidad a priori que garanticen la actual



La principal crítica a dicho sistema, desde el punto de vista de la base establecida por el ENI y el ENS, es su carácter rígido, derivado de la predeterminación que hace de determinadas soluciones ofrecidas por el mercado, en detrimento de otras que podrían ser igualmente válidas o que, incluso, la evolución del mercado podría llegar a hacer, posteriormente, más eficientes. De esta forma, se puede estar limitando la competencia del sector privado naturalmente destinado a colaborar con el Sector Público para el desarrollo o puesta a disposición de estos instrumentos.

En este sentido, la espita de mejora del sistema inicialmente planteado podría ser la de su apertura o flexibilización de la determinación de soluciones concretas, a la de establecimiento de un esquema de requisitos mínimos o estándares generales de las soluciones a implementar, desde la neutralidad tecnológica, que permitan garantizar su posterior interconexión¹³⁵. Aunque en esta trayectoria, como se ha tenido ocasión de señalar, será importante analizar la experiencia de otros Estados que ya tengan iniciada esta senda, como el portugués, intentando evitar los problemas de interconexión que están sufriendo con su puesta en práctica, así como los derivados de la preponderancia, en determinados aspectos, de un fuerte poder negociador del sector privado que permite la obtención de estos abastecimientos, aunque con una estructura oligopolista¹³⁶.

funcionalidad ofrecida por estas plataformas en la dimensión externa de la Administración.

¹³⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 197 a 200.

¹³⁶ MEDINA ARNÁIZ, T., «Conclusiones del I Seminario de expertos Innovap-CLM», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica*,



Sea como fuere, es lo cierto que las soluciones de interoperabilidad han tenido su instrumento de mayor difusión en los convenios interadministrativos de puesta a disposición de herramientas tecnológicas empleadas por otras Administraciones generalmente el Estado, tales como la DEH o la PCSP¹³⁷. Situación loable y del todo deseable —favorecida por la dinámica del FLA—, pero que en aquellas Administraciones que no desean optar por esta vía, o que en el futuro deseen dejar de hacerlo, requiere contar de manera imprescindible con sistemas de interoperabilidad flexibles, obligatorios y únicos. Esto es, la necesidad de un sistema subsidiario o paralelo de coordinación en el plano de la dimensión externa de administración electrónica, en lo que respecta a la tramitación de procedimientos administrativos y acceso a los servicios públicos. Es más, tal coordinación estatal no debe centrar su atención exclusivamente en el mercado nacional, sino extenderla a nivel europeo, tratando de proseguir la interoperabilidad de los sistemas electrónicos empleados por los poderes adjudicadores, con las plataformas europeas, incluidos los contratos no sometidos a una regulación armonizada, aprovechando, entre otras, la habilitación para utilizar el Portal SIMAP contenida en el art. 51.6 de la Directiva 2014/24/UE¹³⁸. Es importante rehuir un enfoque exclusivamente nacional de nuestra estructura de

Transparencia y contratación pública, Madrid, Iustel, 2020, p. 320.

¹³⁷ GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», cit., p. 511. Acertaba en este sentido la predicción efectuada en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, cit., p. 285.

¹³⁸ En este sentido, véase GIMENO FELIÚ, J. M., «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», *Observatorio de la Contratación pública*, 2014; DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», cit. pp. 7 y 8.



contratación pública, lo que permitirá la admisibilidad de estándares que asuman su condición de nodos de una realidad territorial superior y de un mercado natural más amplio: la Unión Europea y su Mercado Único.

No podemos desconocer que la consecución de la situación planteada requerirá de importantes esfuerzos económicos y técnicos, cuyos primeros frutos se alargarán en el tiempo. Durante dicho periodo de transición cabrán dos posibilidades: arbitrar el canal en papel como alternativo, de manera similar al régimen de la LAECSP, o bien, establecer, a estos efectos, medidas en la línea de la DA Segunda de la Ley 39/2015. La primera de las soluciones transitorias no nos parece recomendable, toda vez que en el contexto español podría producir alicientes para su cronificación. Como alternativa se plantea la posibilidad de que, mientras las Administraciones infraestatales no logren conectar sus servicios con las demás o con una interfaz de *front office* común y de posible uso por el operador económico, se podría establecer la obligación de las mismas de emplear de manera transitoria la solución electrónica del Estado o de cualquier otra Administración que les permita adherirse y que sí haya cumplido con los objetivos de interoperabilidad. Debemos entender que en este caso el control administrativo que podría haberse derivado de alguna de las interpretaciones posibles de la DA Segunda, no sería inconstitucional. En efecto, dicha solución transitoria se enfrentaría a la ponderación de dos bloques de derechos: por un lado, el derecho de autoorganización de las Administraciones autonómicas y locales; y, de otro, el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos en todo el territorio nacional, junto con el derecho al libre intercambio de bienes y el derecho a la libre competencia y concurrencia en los procedimientos de compra pública. En consecuencia, sería factible conceder una preponderancia del segundo bloque, al



tiempo que se arbitra su condición excepcional y transitoria susceptible de regularización. Además, este tipo de medidas transitorias incentivaría la consecución del objetivo planteado al fomentar la participación y colaboración de todos los entes públicos implicados.

Es necesario expresar que la consecución de los objetivos indicados de interoperabilidad, en última instancia, devendría un imperativo del deber de lealtad institucional. En su origen germano, como exponen SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ, el principio de lealtad institucional, además de incluir el deber de auxilio militar entre los miembros de la unión —el Bund—, preveía la prohibición de suscribir tratados que pudieran suponer un perjuicio mutuo. Reproducen dichos autores las palabras de BAYER al definir este principio como el deber de la Unión y de sus Estados miembros de «valorar y considerar siempre y en cualquier circunstancia en sus relaciones recíprocas los intereses comunes». Obligación que implicaría un límite a la discrecionalidad de la Unión y sus Estados miembros a la hora de ejercer sus competencias. Este principio ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional alemán, derivando de él las consecuencias de imposibilidad de aplicación del principio de igualdad en su conculcación, la obligación de colaboración activa entre los miembros de la Unión, también en materia financiera —a lo que se refiere expresamente el concepto de solidaridad en el art. 138 CE—, la supervisión de la actividad de los *Länder* y su configuración como “barrera en el ejercicio de competencias”¹³⁹.

Así, en el presente caso que nos ocupa, la implementación de soluciones administrativas en isla o carentes de una autoconsciencia de su integración en una unidad nacional y europea mayor, supondrá, aun

¹³⁹ SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «El principio de lealtad institucional», cit., pp. 901 y 906.



cuando no exista una intencionalidad en esta línea, una trasgresión de intereses de la unión nacional expresamente contenidos en el texto constitucional. Entre otros, la igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en “cualquier parte del territorio del Estado” —art. 139.1 CE—, en su dimensión o enfoque recogido en el art. 149.1.18 CE. Esto es, a la hora de relacionarse con los poderes públicos y los desarrollos del TC antes indicados. Además, en el concreto ámbito de la contratación pública, la falta de esta lealtad institucional en la implementación de medios electrónicos iría en contra del interés específico de la Unión de no permitir la obstaculización de la “libre circulación de bienes en todo el territorio español” —art. 139.2 CE—.

Es lo cierto que, más allá de la invocación a la solidaridad entre las nacionalidades y regiones españolas del art. 2 CE, este principio no es recogido de manera expresa en nuestro texto constitucional. Sin embargo, su aplicabilidad y emanación de aquel ha sido expresamente contemplado por el TC¹⁴⁰, formulándolo habitualmente como principio de “lealtad constitucional” y llegando a establecer que “la obligación de todos los poderes públicos, -incluidos, naturalmente, los autonómicos- de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, [...] implica un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias de modo que no obstaculice el ejercicio de las ajenas”¹⁴¹. De hecho, el TC viene a realizar una manifestación fuertemente constructiva al expresar que “la lealtad constitucional y la necesaria colaboración institucional obligan a las instancias centrales a buscar el modo de

¹⁴⁰ *Vid.*, STC, Pleno, 209/1990, de 20 de diciembre, rec. 629/1985, 781/1985 y 1410/1986, FJ Cuarto.

¹⁴¹ STC, Pleno, 46/1990, de 15 de marzo, rec. 573/1988 y 1591/1989, FJ Cuarto.



alcanzar los objetivos previstos a través del sistema de distribución de competencias, no a pesar suyo¹⁴². Por tanto, debe recordarse la plena vigencia de este principio, el cual, de no tenerse en cuenta, por parte de todos los agentes implicados en la implementación de los medios electrónicos que vehiculan el funcionamiento de la contratación pública electrónica, con el objetivo de conseguir un objetivo común, cual es, el tratamiento uniforme o interoperable en todas sus dimensiones con el ciudadano, se alcanzará un funcionamiento falto de "sentido común" y conducente al "despropósito"¹⁴³.

III. Bibliografía

- DE ASÍS ROIG, A., «Documento electrónico en la administración pública», *Cuadernos de derecho judicial*, vol. 11, 1996, pp. 137-190.
- BLANCO GONZÁLEZ, F., «Subastas electrónicas y Sistemas dinámicos de contratación», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, pp. 58-67.
- BLASCO DÍAZ, J. L., «Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración», *Revista española de Derecho Administrativo*, vol. 136, 2007, pp. 1-20.
- BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, Milano, FrancoAngeli, 2008.

¹⁴² STC, Pleno, 77/2004, de 29 de abril, rec. 1659/1996, FJ Primero.

¹⁴³ *Vid.* SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «El principio de lealtad institucional», cit., p. 919.



- CABALLERÍA RIVERA, M. T., «La cooperación interadministrativa en la LBRL», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, vol. 257, 1993.
- CAMARA VILLAR, G., «Educación y Enseñanza», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007, pp. 513-524.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., «La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 197-246.
- CASARRUBIOS BLANCO, E.; y CRIADO GRANDE, J. I., «La e-Administración y cooperación entre niveles de gobierno en España. Las relaciones interadministrativas y la interoperabilidad dentro del Estado autonómico (y la Unión Europea)», en *VII Congreso español de ciencia política y de la Administración*, Madrid, AECPA, 2005.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», en VALERO TORRIJOS, J. y GAMERO CASADO, E. (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, pp. 757-810.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Estado de Derecho o imperium de la deslealtad institucional: breves consideraciones sobre la imposición por el Estado



- central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, 2017, pp. 527-546.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Aspectos conexos relativos a la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 319-388.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 323-342.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», en *Seminario Teoría y Método-STEM*, Universidad Castilla La Mancha, 2016.
- GAMERO CASADO, E., «Administración electrónica e interoperabilidad», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 499-517.
- GAMERO CASADO, E., «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», *Cuadernos de Derecho Local*, vol. 48, 2018, pp. 150-177.
- GAMERO CASADO, E., «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», *Revista de administración pública*, vol. 179, 2009, pp. 291-332.
- GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario*



sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.

GAMERO CASADO, E., «Reparto competencia y posibilidades competenciales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 61-104.

GAMERO CASADO, E.; y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 2010.

GARCÍA JIMÉNEZ, A., «El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública», *Revista de administración pública*, vol. 192, 2013, pp. 381-400.

GIMENO FELIÚ, J. M., «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: algunas propuestas de reforma», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 299-317.

GIMENO FELIÚ, J. M., «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», *Observatorio de la Contratación pública*, 2014.

GIMENO FELIÚ, J. M., «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.», en RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (coord.) *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 17-127.

GIMENO FELIÚ, J. M., *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

GIMENO FELIÚ, J. M., «La obligación de publicidad de todas



- las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia», *Observatorio de la Contratación pública*, 2014.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013.
- GONZÁLEZ RUFO, M. Á., «La Plataforma de Contratación del Sector Público: El presente de la contratación pública electrónica.», en *El futuro de la contratación pública electrónica a la luz de las directivas europeas*, Murcia, Escuela de formación e innovación de la Administración Pública, 2016.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico», *Revista española de derecho constitucional*, vol. 27, 1989, pp. 39-92.
- DE JUAN CASERO, L. J., «La utilización de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. El expediente electrónico de contratación», en CAMPOS ACUÑA, C. (coord.) *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer, 2018, p. ebook.
- DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015.
- MARTÍN DELGADO, I., «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 19-54.
- MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y



- comunicaciones electrónicas», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGRO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1951-2019.
- MARTÍN MATEO, R., «El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total», *Revista de administración pública*, vol. 134, n.º mayo-agosto, 1994.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Pública Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Cooperación y coordinación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica. La interoperabilidad», en *Administración electrónica y ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos procedimentales», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 143-224.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 285-322.
- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.; GONZÁLEZ RIVAS, J. J.; HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J.; y GIL IBÁÑEZ, J. L., *Constitución Española (Comentada)*, Madrid, Colex, 1993.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «Conclusiones del I Seminario de



- expertos Innovap-CLM», en MARTÍN DELGADO, I. y MORENO MOLINA, J.A. (coords.) *Administración Electrónica, Transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 319-326.
- MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2015.
- MORO CORDERO, M. A., «La interoperabilidad como necesidad», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Madrid, INAP, 2017, pp. 519-527.
- NIETO GARCÍA, A., «Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, vol. 23, n.º enero-abril, 1989.
- OROFINO, A. G., «The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration», *European Review of Digital Administration & Law (ERDAL)*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 123-142.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica y nueva administración», en *Administración Electrónica y Ciudadanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Rango normativo y legislación básica (A propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de preferencia de ley)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 4, 1998, pp. 447-466.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Revista de documentación administrativa*, vol. 230-231, 1992.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II*, Madrid, Iustel, 2018.
- SOSA WAGNER, F.; y FUERTES LÓPEZ, M., «El principio de



- lealtad institucional», en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 901-921.
- SPIAZZI, D., «Appalto pubblico (Diritto Comunitario) - voce-», en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1980, pp. 338-345.
- TASSONE, A. R., «Il codice dei contratti pubblici e le autonomie», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer; CEDAM, 2016, p. capitolo IV.
- VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, Innovación y Administración Electrónica*, vol. 1, Sevilla, Global Law Press, 2013.
- VÁZQUEZ GARRANZO, J.; y FUERTES LÓPEZ, F. J., «La utilización de técnicas electrónicas y telemáticas por las Administraciones Públicas en materia de contratación pública: introducción histórica», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) *Contratación Administrativa Electrónica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 23-92.
- VIANA, C., «Contratación pública electrónica: la experiencia portuguesa», en GIMENO FELIÚ, J.M. (coord.) *Observatorio de los Contratos Públicos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2014, pp. 279-294.

ACERCA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE NAVARRA EN MATERIA DE TRÁFICO

D. Francisco José Negro Roldan

Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de
Navarra

Resumen: Los Gobiernos de Navarra y de la Nación han acordado la asunción en exclusiva por la Comunidad Foral de los servicios en materia de ejecución de la legislación del Estado sobre tráfico y circulación de vehículos. Navarra viene ejerciendo con sustento constitucional y legal orgánico competencias en esa materia. El estudio analiza ese soporte normativo de las competencias que ejerce en materia de tráfico y circulación de vehículos. También examina los instrumentos que pueden emplearse para que Navarra reciba los servicios que en la actualidad desarrolla el Estado, en contemplación, también, de los que han sido utilizados respecto de las transferencias referidas a otras Comunidades. A la luz de estos dos análisis fundamentales, concluye acerca de cuál es el mecanismo más adecuado para la actualización de las competencias de Navarra en esta materia, que, a juicio del autor, consiste en un Real Decreto de transferencias.



Palabras clave: Competencias históricas, sus notas. Las competencias en materia de tráfico y circulación de vehículos. Las competencias en materia de policías. Los mecanismos de transferencia de competencias o de traspaso de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas.

Abstract: The Governments of Navarra and the Nation have agreed to the exclusive assumption by the Foral Community of services in the implementation of State legislation on traffic and vehicle traffic. Navarra has been exercising with constitutional and legal organic sustenance competences in this matter. The paper analyses this regulatory support of its competences in the field of traffic and vehicle traffic. It also examines the instruments that can be used to ensure that Navarra receives the services currently being developed by the State, also in view of which they have been used in respect of transfers relating to other Communities. In the light of these two fundamental analyses, it concludes on what is the most appropriate mechanism for updating Navarra's competences in this area, which, in the author's view, consists of a Royal Transfer Decree.

Keywords: Historical competences, their features. The competences in the area of traffic. The competences in the field of Police. The mechanisms for transfer of powers from the State to the Spanish Autonomous Communities.

Sumario:

1.INTRODUCCIÓN.2. NORMATIVA A CONSIDERAR

A) Constitución Española. A.1) Competencias en materia de tráfico e instrumental de policía de carreteras. A.2) Mecanismo de atribución de competencias en materias de titularidad estatal (cual la de tráfico). A.3) Mecanismo



de traspaso de servicios estatales en materias de competencia de las Comunidades Autónomas. A.4) Garantía de los derechos históricos de los territorios forales. B) En la LORAFNA. B.1) Caracterización de las competencias de Navarra por el criterio de su origen. B.2) Competencias de Navarra en tráfico, materia conexas de Policía Foral y carreteras. B.3) En cuanto a las potestades que corresponden a Navarra según la competencia de que disponga respecto de cada materia. B.4) En cuanto a la incorporación al ordenamiento jurídico de otros derechos originarios e históricos y el traspaso de servicios relativos a competencias de Navarra, atribuidas por la LORAFNA. C) En la normativa sectorial de tráfico. C.1) En el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre. C.2) En la Ley Foral 5/2007, de 23 de marzo, de Carreteras de Navarra. D) En la normativa de Policías y seguridad pública. D.1) En la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS). D.2) En la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC). D.3) En la Ley Foral de Policías.

3. CARACTERIZACIÓN Y ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE TRÁFICO A LA LUZ DE ESTA NORMATIVA. 4. CARACTERIZACIÓN Y ALCANCE DE LA COMPETENCIA SOBRE POLICÍA FORAL A LA LUZ DE ESTA NORMATIVA. 5. REFRENDO DE LA CONSIDERACIÓN COMO HISTÓRICA DE LA COMPETENCIA DE TRÁFICO Y CONEXA DE POLICÍA FORAL. 6. LAS CONCRETAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE TRÁFICO QUE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA OSTENTA AL ADVENIMIENTO DE LA LORAFNA. A. Qué se entiende por tráfico. B. ¿Ha sido ejercitada por Navarra una competencia sobre tráfico? B1. Evolución histórica. B.2. Efectivo ejercicio por Navarra de competencias en tráfico. Su alcance. **7. LA**



EXIGENCIA DE QUE LAS FACULTADES SEAN EJERCIDAS "ACTUALMENTE". A. La interpretación del adverbio "actualmente" en la STC 140/1990. B. La aplicación de esa doctrina por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. 8. LOS PROCEDIMIENTOS DE ASUNCIÓN DE FUNCIONES EJECUTIVA EN MATERIA DE TRÁFICO. A. Los antecedentes históricos y legislativos. B. Conclusiones en cuanto al instrumento a emplear para completar las funciones ejecutivas en esta materia por Navarra. B.1. Mediante una modificación de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. B.2. Mediante la vía del artículo 150.2 CE, esto es, una Ley Orgánica de transferencia o delegación. B.3. A través de una modificación de la LORAFNA al objeto de que se recoja en la misma la competencia, vía artículo 71 de la propia norma institucional básica de la Comunidad Foral. B.4. Por medio de un Real Decreto de transferencias previa negociación y acuerdo en el seno de la Junta de Transferencias, vía Real Decreto 2356/1984, de 19 de diciembre, por el que se establecen las normas reguladoras de la transferencia de servicios estatales a la Comunidad Foral de Navarra

1. INTRODUCCIÓN

Un debate ha tenido lugar en Navarra ante la inminente asunción en exclusiva por la Comunidad Foral de Navarra de los servicios en materia de tráfico y circulación de vehículos. En el mismo, desde diversas perspectivas, se atiende a la conveniencia u oportunidad de esa medida y su consecuencia inmediata, consistente en la desaparición de las carreteras navarras de los agentes de la Guardia Civil que comparten en la actualidad tareas de vigilancia con los del cuerpo de la Policía Foral de Navarra. Esa discrepancia, obviamente no objeto de un estudio jurídico como el presente, ofrece la ocasión para



recordar los perfiles de la competencia, encuadrándola en las diseñadas por el juego de la Constitución y la correspondiente norma institucional básica de la Comunidad Foral y analizando el procedimiento legal que convenga al efecto de la plena asunción por Navarra se las competencias en esa materia.

Efectuaré, pues, un sintético recorrido por conceptos como el de competencias históricas de la Comunidad Foral, transitando, también, por su plasmación en la realidad fáctica que puede apreciarse a simple vista en las carreteras navarras. Y otro aspecto que, al menos al autor, le resulta de necesario análisis consiste en atender a las reglas de distribución competencial entre el Estado y Navarra, así como a los procedimientos para la actualización de competencias forales.

En el caso de Navarra, el problema competencial, que, a veces, presenta bordes difusos, se ha de contemplar a la luz de la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), que coloca la distribución competencial entre Navarra y el Estado en un escenario diferente del que se diseña en los artículos 148 y 149 CE.

2.- NORMATIVA A CONSIDERAR

A) Constitución Española.

A.1) Competencias en materia de tráfico e instrumental de policía de carreteras.

El artículo 149.1.21ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de "tráfico y circulación de vehículos a motor".

El artículo 149.1.29 CE reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de "seguridad pública, sin perjuicio



de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en sus respectivos Estatutos, en el marco de lo que disponga una ley orgánica".

El artículo 104.2 CE dispone que "una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

El artículo 148.1 CE, entre las posibles competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, no menciona el tráfico, si bien la materia 22ª versa sobre la vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones y a la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.

A.2) Mecanismo de atribución de competencias en materias de titularidad estatal (cual la de tráfico).

El artículo 150.2 señala que el "Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado."

A.3) Mecanismo de traspaso de servicios estatales en materias de competencia de las Comunidades Autónomas.

El artículo 147.2. d) establece que los Estatutos de Autonomía deben contener las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución, y las



bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas. En los propios Estatutos de Autonomía se regulan los principios que deben presidir el traspaso de funciones y servicios y se prevé la creación de un órgano, la Comisión Mixta de Transferencias, en cuyo seno se alcanzarán los acuerdos de traspaso de funciones y servicios, aprobados posteriormente por real decreto del Consejo de Ministros.

A.4) Garantía de los derechos históricos de los territorios forales.

La Disposición Adicional Primera, de garantía constitucional de los derechos históricos de Navarra, señala que la "Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía"¹.

B) En la LORAFNA

B.1) Caracterización de las competencias de Navarra por el criterio de su origen.

La clasificación de las competencias de Navarra según su origen se contiene en el artículo 39 de la LORAFNA.

B.1.A. Las facultades y competencias que actualmente ejerce, al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada

¹ El fundamento de derecho 14º de la STC 31/2010, de 28 de junio, recuerda que esta norma no es aplicable al resto de los territorios y Comunidades (en aquel caso, Cataluña) integradas en España. Solo se predica respecto de los territorios históricos incorporados a la CAPV y de Navarra.



y disposiciones complementarias, denominadas competencias garantizadas o históricas (aquéllas a que se refieren otros preceptos de la propia LORAFNA como correspondientes a la Comunidad Foral "en virtud de su Régimen Foral").

B.1.B. Las facultades y competencias que expresamente se le integran por la LORAFNA. Esto es, las incorporadas en el Régimen Foral, que se corresponderían con las derivadas de la distribución efectuada por los artículos 148.1 y 149.1 CE, en la medida que no tengan ya la condición de competencias garantizadas o históricas.

B.1.C. Las facultades y competencias susceptibles de integración, esto es, aquéllas que el Estado transfiera, delegue o atribuya a las Comunidades Autónomas o provincias. También, las que, a iniciativa de la Diputación Foral, le atribuya, transfiera o delegue el Estado, con posterioridad a la entrada en vigor de la LORAFNA.

B.2) Competencias de Navarra en tráfico, materia conexas de Policía Foral y carreteras.

La LORAFNA previene en su artículo 49.3 que "en todo lo relativo al tráfico y circulación, Navarra conservará íntegramente las facultades y competencias que actualmente ostenta".

Su artículo 51 establece que corresponde a Navarra la regulación del régimen de la Policía Foral, que continuará ejerciendo las funciones que actualmente ostenta. También atribuye a Navarra la coordinación de las Policías Locales de Navarra. Navarra podrá ampliar los fines y servicios de la Policía Foral en el marco de lo establecido en la correspondiente Ley Orgánica. Se prevé la coordinación de la Policía Foral y de los Cuerpos y



Fuerzas de Seguridad del Estado por medio de una Junta de Seguridad, de composición paritaria.

También en virtud de su régimen foral, Navarra tiene reconocidas competencias históricas en las materias de carreteras y de ejecución de la legislación del Estado en materia de ordenación del transporte de mercancías y viajeros que tengan su origen y destino en territorio foral, sin perjuicio de la ejecución directa que el Estado pueda reservarse (artículo 49.1.f) y 49.2 LORAFNA).

B.3) En cuanto a las potestades que corresponden a Navarra según la competencia de que disponga respecto de cada materia.

B.3.A. El artículo 40 LORAFNA previene que, en las materias que sean competencia exclusiva de Navarra, corresponden a la Comunidad Foral la potestad legislativa, la reglamentaria, la administrativa, incluida la inspección y la revisora en la vía administrativa. Potestades que deberán ejercitarse de acuerdo con la LORAFNA y la legislación del Estado a la que la misma hace referencia. El Derecho navarro, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral y en los términos previstos en los apartados anteriores, será aplicable con preferencia a cualquier otro. En defecto de Derecho propio, se aplicará supletoriamente el Derecho del Estado. Si bien, en materia de Derecho Civil Foral, se estará a lo dispuesto en el artículo cuarenta y ocho de la propia LORAFNA.

B.3.B. El artículo 41 LORAFNA dice que, en las materias a las que se refiere el artículo 57 LORAFNA y en las que con igual carácter se regulan en otros artículos de la misma, corresponden a la Comunidad Foral las potestades de desarrollo legislativo de conformidad con las normas básicas que dicte el Estado, reglamentaria,



de administración, incluida la inspección y revisora en la vía administrativa.

El citado artículo 57 LORAFNA dispone que *"en el marco de la legislación básica del Estado corresponde a Navarra el desarrollo legislativo y la ejecución"* de un grupo de materias. Hay competencias de este tipo en otros artículos, incluso en el artículo 44, reservado en principio a las competencias exclusivas. Pero ninguna de esas materias se encuentra directamente vinculada con la que es objeto de este análisis.

B.3.C. El artículo 42 LORAFNA señala que en las materias a las que se refiere el artículo 58 LORAFNA y en las que con igual carácter se regulan en otros artículos de la misma, corresponden a la Comunidad Foral las potestades reglamentarias para la organización de sus propios servicios, de administración, incluida la inspección y revisora en la vía administrativa, ejercidas de conformidad con las disposiciones de carácter general que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado.

El referenciado artículo 58 LORAFNA atribuye a Navarra la ejecución de la legislación del Estado en materias que no afectan a la cuestión sobre la que versan estas líneas.

B.4) En cuanto a la incorporación al ordenamiento jurídico de otros derechos originarios e históricos y el traspaso de servicios relativos a competencias de Navarra, atribuidas por la LORAFNA.

La Disposición Adicional Primera LORAFNA preceptúa que "la aceptación del régimen establecido en la presente Ley Orgánica no implica renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra, cuya incorporación al



ordenamiento jurídico, se llevará a cabo, en su caso, conforme a lo establecido en el artículo 71".

Ese cauce, en síntesis, comienza con una iniciativa de la Diputación Foral o del Gobierno de la Nación, unas negociaciones, una propuesta conjunta de reforma por ambas instituciones y su sometimiento a aprobación del Parlamento de Navarra y de las Cortes Generales por el mismo procedimiento seguido para la aprobación de la LORAFNA.

La Disposición Transitoria Cuarta LORAFNA establece que la transferencia a Navarra de los servicios relativos a las facultades y competencias que, conforme a la LORAFNA, le corresponden, se ajustará a las bases que explicita. Previo acuerdo con la Diputación Foral, las transferencias se llevarán a cabo por el Gobierno de la Nación y se promulgarán mediante Real Decreto, que se publicará simultáneamente en los "Boletines Oficiales" del Estado y de Navarra. En virtud de dichos Acuerdos, se transferirán a Navarra los medios personales y materiales necesarios para el pleno y efectivo ejercicio de las facultades y competencias a que se refieran. Se fijan reglas específicas con poca repercusión en el objeto de este estudio.

C) En la normativa sectorial de tráfico

C.1) En el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

Su artículo 1, 2.a), dentro del objeto de la Ley, encuadra el ejercicio de las competencias que, de acuerdo con la Constitución Española y los estatutos de autonomía, corresponden en tales materias a la Administración



General del Estado y a las comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en esta materia.

Su artículo 4 describe las competencias de la Administración General del Estado, sin perjuicio de las competencias que tengan asumidas las comunidades autónomas.

La misma expresión es empleada por el artículo 5, según el cual, también sin perjuicio de las competencias que tengan asumidas las comunidades autónomas y de las previstas en el artículo anterior, corresponden al Ministerio del Interior las facultades que detalla.

El artículo 8.4, último párrafo, previene que las comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor pueden establecer sus propios Consejos Autonómicos de Tráfico, Seguridad Vial y Movilidad Sostenible².

² Otros preceptos prevén un elenco de funciones que corresponden a las comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor: una conferencia sectorial (artículo 9); la obligación de informar por los sanitarios del resultado de las pruebas de presencia de alcohol y drogas en el organismo a, entre otras autoridades, los órganos competentes para sancionar en la comunidad autónoma que haya recibido el traspaso (14.5, último párrafo); la infracción grave por determinados incumplimientos de las normas sobre el régimen de autorización y funcionamiento de los centros de enseñanza y formación y de los centros de reconocimiento de conductores acreditados emanados del Ministerio del Interior o de los órganos competentes de las comunidades autónomas (artículo 76); la competencia sancionadora en materia de tráfico de los



C.2) En la Ley Foral 5/2007, de 23 de marzo, de Carreteras de Navarra.

Su Preámbulo ilustra el peculiar e histórico régimen privativo de Navarra en materia de construcción, financiación y conservación de caminos y carreteras con referencias históricas que desembocan en la propia la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841.

No parece necesario especificar las disposiciones estatales sobre carreteras, que tradicionalmente han contenido cláusulas de salvaguardia de la competencia foral en congruencia con lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Constitución. No obstante, la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, carece de disposición similar.

órganos previstos en la normativa autonómica, en aquellas comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso, también en materia de las infracciones de publicidad (artículo 84); la competencia de los órganos de comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso para la sustitución del tratamiento residual del vehículo en los casos que procedan (artículo 106); el artículo 114 permite a las comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso crear, respecto a sus ámbitos territoriales, sus propios Registros de Víctimas de Accidentes de Tráfico. Las disposiciones adicionales permiten a las comunidades con lengua cooficial la emisión de los permisos de circulación en ambas lenguas oficiales. Las que hubieran recibido el traspaso podrán determinar el modo de impartir los cursos de sensibilización y reeducación vial, y sustituir las notificaciones en la Dirección Electrónica Vial por notificaciones a través de sus propias plataformas informáticas, para aquellos ciudadanos que opten por las mismas y suscribir a ese efecto convenios con entidades locales.



D) En la normativa de Policías y seguridad pública

D.1) En la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS)

Su artículo 1 previene que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado (apartado 1), y también dice que "Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la Seguridad pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley" (apartado 2), por lo que mantenimiento de la seguridad pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (apartado 4). Dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se incluyen los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas (artículo 2.b). Entre las funciones que atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, asigna a la Guardia Civil "la vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en las vías públicas interurbanas" (artículo 12.1. B. c).

Por su parte, la Disposición Final Tercera de la LOFCS dice que la Policía Foral de Navarra se regirá por la LORAFNA y normas que la desarrollan, respecto de las que la LOFCS tendrá carácter supletorio. No obstante, determinados preceptos de la misma son de aplicación directa al régimen de la Policía Foral³.

³ Así el artículo 5, que fija los principios básicos de actuación de los miembros de las FCS (de escasa incidencia en esta materia), el artículo 6 (disposiciones estatutarias comunes), el 7 (consideración de los agentes como autoridad) el 8 (aspectos relativos al enjuiciamiento criminal de los agentes, al cumplimiento de penas impuestas y conexos), el 43 (los mandos de las Policías autónomas habrán de designarse entre Jefes, Oficiales y Mandos de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, si bien un



Esa salvedad referida a Navarra es similar a las que las otras disposiciones finales de la LOFCS establecen respecto de las otras Comunidades que cuentan con policía autónoma propia, esto es, el País Vasco y Cataluña.

D.2) En la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC).

El Preámbulo de la misma, ratificado por sus artículos 1 a 4, parte de un concepto material de seguridad ciudadana. Consiste en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos. La misma engloba un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico antes definido.

Su artículo 5 determina que tendrán la consideración de autoridades y serán órganos competentes en materia de seguridad, entre otros, los correspondientes de las

porcentaje de ellos podrá ser cubierto, mediante promoción interna, entre los miembros del propio Cuerpo de Policía de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que determine el Consejo regulado en el artículo 48) y el propio artículo 48 (creación, composición y funciones del Consejo de Política de Seguridad). Otros podrán aplicarse si así se establece en la normativa propia de la Comunidad Foral de Navarra (competencias de los diferentes cuerpos policiales autonómicos y competencias coordinadoras de las Comunidades Autónomas en materia de seguridad). La coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Foral de Navarra se realizará por la Junta de Seguridad. Sin que se contenga mención expresa al tráfico.



comunidades autónomas que hayan asumido competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana y cuenten con un cuerpo de policía propio.

El artículo 17 determina que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en los supuestos que menciona. También se impone un deber de registro de determinadas personas que desarrollen actividades de alquiler o desguace de vehículos de motor (artículo 25).

Se prevé la competencia sancionadora de los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias en materia de seguridad ciudadana.

D.3) En la Ley Foral de Policías

La Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra, configura la Policía Foral de Navarra como "... una policía integral y de referencia que ejerce sus funciones en todo el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, sin perjuicio de las competencias que el ordenamiento jurídico atribuye a las Policías Locales y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado" (artículo actual 15.2).

De acuerdo con el artículo 16.f) de esta Ley Foral, corresponde a la Policía Foral, entre otras funciones, "la ordenación del tráfico dentro del territorio de la Comunidad Foral de Navarra, conforme a los convenios de delimitación de competencias en la materia concluidos con el Estado y vigentes en cada momento, salvo que correspondan legalmente a las Policías Locales".



3. CARACTERIZACIÓN Y ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE TRÁFICO A LA LUZ DE ESTA NORMATIVA

En el diseño competencial constitucional, la competencia de tráfico es exclusiva del Estado (artículo 149.1.21ª CE).

No obstante, como hemos visto, la LORAFNA previene en su artículo 49.3 que "en todo lo relativo al tráfico y circulación, Navarra conservará íntegramente las facultades y competencias que actualmente ostenta". Tal afirmación casa con lo que establece la Disposición Adicional Primera CE, de garantía constitucional de los derechos históricos de Navarra.

Esto es, esa competencia es histórica.

En la caracterización del artículo 42 LORAFNA, sería compartida con el Estado y, concretamente, de ejecución, aunque no se trata de materia contemplada específicamente en el artículo 58 LORAFNA.

La investigación histórica a que haremos alusión revelará tanto esa naturaleza como su contenido. En lo que ahora importa, la previsión de la LORAFNA que disciplina ese tipo de competencias atribuye a la Comunidad Foral las potestades reglamentarias para la organización de sus propios servicios, de administración, incluida la inspección y revisora en la vía administrativa, ejercidas de conformidad con las disposiciones de carácter general que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado.

Desde este punto de vista de ejecución, habría de interpretarse si las competencias que "actualmente" ostenta (en el momento de la LORAFNA) han de



considerarse restricciones a las amplias facultades de ejecución que el título competencial implica según el artículo 42 LORAFNA (potestad reglamentaria, organización de sus servicios, administración, inspección y revisión de actos).

4. CARACTERIZACIÓN Y ALCANCE DE LA COMPETENCIA SOBRE POLICÍA FORAL A LA LUZ DE ESTA NORMATIVA

Hemos examinado la competencia en materia de seguridad pública, en cuanto conexas con (e instrumental de) la de tráfico. La parte de la misma referente a la policía autónoma ha tenido una alta consideración para la asunción de funciones y servicios en materia de tráfico por la Comunidad Autónoma del País Vasco. La citada competencia (artículo 149.1.29 CE) es exclusiva del Estado. No obstante, se permite la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en sus respectivos Estatutos, en el marco de lo que disponga una ley orgánica (a que llama el artículo 104. 2 CE).

De acuerdo con la STC 104/1989, de 8 de junio, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que se engloban dentro de las competencias en materia de seguridad pública, son sólo una parte instrumental de la misma. Y la competencia autonómica en esa materia o submateria de Policía autónoma abarca su organización y los correspondientes servicios policiales no estatales, que constituyen la materia respecto de la que la Comunidad ha asumido competencias en su Estatuto (aquí en la LORAFNA).

La LORAFNA, en su artículo 51, confiere a Navarra la regulación del régimen de la Policía Foral, que continuará ejerciendo las funciones que actualmente ostenta.



También permite la ampliación de los fines y servicios de la misma en el marco de lo establecido en la correspondiente Ley Orgánica.

Así, las competencias autonómicas, enmarcadas dentro del diseño de la competencia exclusiva del Estado, no coinciden con la correspondiente competencia de Navarra. Según el precepto constitucional, la facultad que las Comunidades Autónomas pueden ejercer consiste en la creación de un cuerpo propio de policía.

Pues bien, esa creación, en Navarra, no es necesaria, habida cuenta de que el Cuerpo de Policía Foral ya existía, se "amejora" con la LORAFNA, consolidando el contenido funcional que ostentaba "actualmente". Ese contenido puede ser puesto al día. Siempre con respeto a lo establecido en la Ley Orgánica a que alude la CE y la LORAFNA.

Sin necesidad de efectuar más indagaciones que pudieran resultar aventuradas dentro de los límites a que este análisis tiene que ceñirse, la competencia sobre Policía Foral es histórica, respetando las fronteras que la propia LORAFNA sitúa en la legislación orgánica, en los términos vistos.

Hemos señalado cómo, entre las funciones que la LOFCS atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se ubica la asignación a la Guardia Civil de "la vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en las vías públicas interurbanas" (artículo 12.1. B. c).

Sin embargo, la Disposición Final Tercera de la LOFCS antes citada no invoca ese precepto entre los que sean de aplicación directa en Navarra. Ello habría resultado contradictorio con el artículo 51 LORAFNA. Los preceptos de aplicación directa a que esa Disposición alude no



proyectan incidencia directa (funcional) en aquello que la Policía Foral pueda desempeñar en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor.

De acuerdo con el mencionado artículo 51 LORAFNA, la Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra, en su artículo 16.f), atribuye a la Policía Foral, entre otras funciones, "la ordenación del tráfico dentro del territorio de la Comunidad Foral de Navarra, conforme a los convenios de delimitación de competencias en la materia concluidos con el Estado y vigentes en cada momento, salvo que correspondan legalmente a las Policías Locales".

Las disposiciones examinadas de la LOPSC en esta materia tampoco cercenan la competencia de Navarra en materia de Policía relacionada con el tráfico, sino que más bien consagran las atribuciones que corresponden a la Comunidad Foral y ejemplifican algunas de las que puedan desarrollarse en materia conexas al tráfico y circulación.

Así, visto que la competencia en materia de Policía Foral es histórica, a los efectos de este análisis no es preciso efectuar una categórica calificación de la misma a la luz de los artículos 40, 41 y 42 LORAFNA. Basta con recordar que, en materias de competencia exclusiva de Navarra, ésta ostenta la potestad legislativa (efectivamente ejercida en materia de Policía Foral), la reglamentaria, la administrativa, incluida la inspección y la revisora en la vía administrativa. Potestades que deberán ejercitarse de acuerdo con la LORAFNA y la legislación del Estado a la que la misma haga referencia.

En la facultad reguladora, pues, en materia de Policía Foral, Navarra ha de respetar las disposiciones de la LOCFS, antes examinadas (Disposición Final Tercera y



normas que en ella se citan) lo que es congruente con el diseño de las competencias "exclusivas" de la LORAFNA.

También los artículos 41 y 42 LORAFNA, para potestades de desarrollo legislativo, por un lado, y de ejecución, por otro, confieren a Navarra las potestades reglamentarias (en el segundo caso, para la organización de sus servicios), de administración, incluida la inspección y revisora en la vía administrativa.

Habida cuenta de que las funciones en materia de tráfico sobre las que versa este estudio son ejecutivas, no se va a profundizar más en la calificación de esta competencia.

En ese sentido, la legislación estatal sobre carreteras contiene una serie de funciones ejecutivas que pueden ser desempeñadas por los correspondientes órganos de las comunidades autónomas que hubieran recibido el correspondiente traspaso, siempre que hubiera previsión estatutaria a ese respecto.

Navarra ya viene desarrollando funciones ejecutivas en materia de tráfico y de carreteras, tal y como viene explicitado en el análisis que se ha efectuado de la Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra y de la Ley Foral 5/2007, de 23 de marzo, de Carreteras de Navarra.

No obstante, en la "actualidad" no desempeña todo el elenco de atribuciones que en materia de tráfico pueda llevar a efecto una comunidad autónoma que hubiera recibido el correspondiente traspaso. Ni las que le corresponden con sustento en el artículo 42 LORAFNA.

5. REFRENDO DE LA CONSIDERACIÓN COMO HISTÓRICA DE LA COMPETENCIA DE TRÁFICO Y CONEXA DE POLICÍA FORAL



Si fuera preciso reafirmar la calificación que la LORAFNA concede a estas competencias como históricas, o desempeñadas en virtud de su régimen foral, rememoramos con brevedad las notas que han de concurrir para que una competencia tenga tal carácter⁴.

Las competencias históricas de Navarra son aquéllas que mantiene, actualiza y mejora, incluso al margen de lo establecido en el artículo 149.1 CE.

El FJ 3 de la STC 140/1990, de 20 de septiembre, señala que, respecto de Navarra, dicha actualización se ha llevado a cabo mediante la LORAFNA (artículos 2 y 39 LORAFNA), de manera que las competencias que tengan su origen en un derecho histórico corresponderán a la Comunidad Foral en los términos que haya precisado la LORAFNA, dentro del marco de la Constitución. Ello significa, como ha reconocido la STC 94/1985, FJ 6, que la atribución por los Estatutos de Autonomía, en este caso, por la LORAFNA, de una determinada competencia supone en ocasiones el reconocimiento y actualización de un derecho histórico. Y su FJ 4 entiende que el concepto de derecho histórico empleado por la Disposición Adicional Primera CE y la LORAFNA apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado. El cual configura un techo competencial más alto que el propio

⁴ La comprensión de una competencia de esta naturaleza exige la ineludible lectura de DEL BURGO TAJADURA, J.I., "Origen y fundamento del régimen foral de Navarra", Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1968 y RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero", Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia e Interior, Pamplona, 1989.



del régimen común autonómico en razón de su amparo en la adicional primera CE (FJ 3).

Las STC 159/1993, de 6 de mayo, 208/2012, de 14 de noviembre, y 110/2014, de 26 de junio, reiteran que la CE garantiza la existencia del régimen foral, pero no de cada uno de los derechos que históricamente lo hayan integrado. Los derechos históricos no son un título autónomo del que derivar específicas competencias. Las competencias históricas han de actualizarse, asumiéndose en la norma estatutaria. La delimitación de la competencia histórica podrá exigir una investigación histórica, que nunca desplazará a los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral. El ámbito competencial se encuentra en la norma estatutaria.

Resume la STC 173/2014, de 23 de octubre, que, para que una competencia sea histórica, es preciso que hubiese formado parte históricamente del régimen foral navarro, que hubiese sido asumida en la LORAFNA y que su subsistencia fuese compatible con la Constitución.

Razona el FJ 6 de la STC 180/2016, de 20 de octubre, (en materia de régimen local) que las previsiones de la LORAFNA, en la parte que reflejen derechos históricos, enraízan en la Disposición Adicional Primera CE que desplaza respecto a esta entidad foral la competencia estatal del artículo 149.1 (en aquel caso, 18ª) CE. Esto es, que esas competencias pueden considerarse al margen de lo que el artículo 149.1 CE previene.

Es claro, a mi modesto juicio, que las competencias ejecutivas en materia de tráfico y las funciones que corresponden al cuerpo que constituye su instrumento – Policía Foral- han venido siendo ejercidas por Navarra con refrendo por parte del Estado, han sido asumidas por



la LORAFNA y alcanzan su sustento en la propia Disposición Adicional Primera CE, constituyendo un plus competencial respecto del techo que conviene a las Comunidades Autónomas conforme al juego de los artículos 148 y 149 CE.

6. LAS CONCRETAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE TRÁFICO QUE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA OSTENTA AL ADVENIMIENTO DE LA LORAFNA

A. Qué se entiende por tráfico.

Las diversas normas a que hemos aludido y las diferentes atribuciones que confieren a distintas Administraciones esbozan un panorama que permite sin gran esfuerzo deducir qué se entiende por tráfico. No obstante, no hay una definición del concepto a que alude ese término.

En palabras de las SSTC 59/1985, de 6 de mayo, 181/1992, de 16 de noviembre, y 203/1992, de 26 de noviembre, el núcleo de la competencia en tráfico lo constituyen las actividades públicas relativas a la ordenación del desplazamiento o circulación por las vías públicas de vehículos, peatones y animales. Rodean a ese núcleo otras actividades, conexas por razones de finalidad, que tienden a garantizar de forma directa e inmediata la seguridad vial, por ejemplo, las condiciones técnicas de los vehículos o los requisitos técnicos destinados a la protección y seguridad de conductores y viajeros.

B. ¿Ha sido ejercitada por Navarra una competencia sobre tráfico?



B.1. Evolución histórica

La referencia histórica que se va a desarrollar se limitará a un mínimo resumen de la reseña pormenorizada que se contiene en la obra de Miguel Izu⁵ acerca de la evolución experimentada por la competencia de Navarra en materia de tráfico y de Policía Foral como cuerpo a que se confiere su vigilancia.

A los efectos de este análisis, es suficiente con reflejar que no es objeto de discusión la amplia competencia de Navarra en materia de caminos, que ostentaba en su condición de Reino. Con posterioridad, se detallan los siguientes hitos fundamentales:

La Ley Paccionada de 1841 contenía un artículo 10 (no expresamente referido a los caminos) que facultó, proyectando el criterio demanial, a la Diputación de Navarra para dictar diversas ordenanzas para la conservación y policía de las carreteras generales de Navarra (en 1843, 1857 y 1884). Diversos acuerdos de la Diputación Foral afirman su competencia regulatoria, bien que colmando la regulación del tráfico a través de una técnica consistente en recibir el íntegro contenido de los reglamentos aprobados por el Gobierno central (1901, reglamento de coches; 1921, policía y conservación de carreteras; 1929, reglamento de circulación).

Mediante Acuerdo de 28 de octubre de 1928, la Diputación Foral crea el Cuerpo de Policías de Carreteras.

⁵ IZU BELLOSO, M.J. "Competencias de Navarra en materia de tráfico". Revista Jurídica de Navarra nº 16. Pamplona. Julio-Diciembre 1993. Páginas 109-124.



Otro Acuerdo de Diputación Foral, de 23 de noviembre de 1934, declaró aplicable en Navarra el Código de la Circulación, con normas de adaptación, entre ellas las que autorizaban la imposición de las sanciones por la Dirección de Caminos, autorización consagrada posteriormente por un Decreto de 9 de diciembre de 1935, de modificación del mentado Código en ese sentido. Esa facultad sancionadora fue confirmada en 1942 por el Ministerio de la Gobernación.

La Ley 47/1959, de 30 de julio atribuyó la vigilancia y disciplina del tráfico, circulación y transporte por carreteras y demás vías públicas al Ministro de la Gobernación y la sanción gubernativa de las infracciones a los Gobernadores Civiles. No obstante, su Disposición Final Primera decía: "Las disposiciones complementarias que, con relación a Álava y Navarra, desarrollen la presente Ley, se ajustarán a sus actuales y respectivas facultades en la materia".

En su desarrollo, se dicta la Orden de 5 de octubre de 1959, cuya Disposición Transitoria Tercera encomendó al Jefe Central de Tráfico realizar los estudios oportunos relativos a las:

"Circunstancias que han de tomarse en consideración al dictarse disposiciones complementarias que desarrollen la citada Ley para su aplicación en las provincias de Álava y Navarra en materia ajena a la vigencia incondicionalmente establecida por el artículo primero, número uno, de la misma, en orden a la vigilancia y disciplina del tráfico y sanción gubernativa de las infracciones que se cometan".

Mientras tanto, la Diputación Foral de Navarra siguió ejerciendo las competencias en materia de tráfico y desarrollando las oportunas gestiones en defensa de sus



competencias en la materia. El Decreto 1666/1960, de 21 de julio, que desarrollaba la Ley 47/1959, señaló en su Disposición Final Segunda: "Las disposiciones complementarias previstas en la disposición final primera de la Ley, con relación a Álava y Navarra, se dictarán con el rango normativo que proceda. Teniendo en cuenta, en lo que se refiere a materias que competen al Ministerio de la Gobernación, lo establecido en la disposición transitoria tercera, número seis de la Orden de dicho Departamento de cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve".

El Decreto-ley 17/1961, de 24 de julio, reguló las facultades de las Diputaciones de Álava y Navarra, modificando lo dispuesto en la Ley de 1959. Atribuyó en esencia la vigilancia del tráfico y circulación en las carreteras y vías públicas de Navarra y Álava a las Fuerzas de la Agrupación Especial de Tráfico de la Guardia Civil y la sancionadora a los Gobernadores civiles de Álava y Navarra (artículos 1 y 2); reconociendo competencia a esas Diputaciones en la materia de ordenación de los transportes, coordinación transportes terrestres, vigilancia e inspección de los mismos, conservación y policía de carreteras y sanción de infracciones en esas materias, atemperadas a los convenios o disposiciones que le reconozcan sobre las mismas (artículo 3) y su participación en las Comisiones Delegadas de Tráfico (artículo 4). Por Orden de 12 de agosto de 1961, en desarrollo del citado Decreto-Ley, se permite que los Cuerpos de Policías de Navarra continuaran desempeñando determinadas funciones de vigilancia del tráfico, carreteras y transportes, en colaboración o auxilio con la Guardia Civil.

El artículo del Sr. Izu citado refiere cómo la Diputación Foral de Navarra acepta el mentado Decreto-ley en estas condiciones: "en aras del patriotismo y de las buenas



relaciones que siempre ha deseado tener con el Gobierno, la Diputación no tiene inconveniente en suspender de momento el ejercicio de sus derechos”, aunque “siempre con la reserva, por su parte, de volver a recuperar el ejercicio de las facultades hoy transigidas, cuando las circunstancias así lo vinieren a exigir”⁶.

Con esas premisas, se elabora el texto del convenio entre ambas partes, aprobado como Orden de 20 de diciembre de 1962 (publicada sólo en el Boletín Oficial de Navarra de 9 de enero de 1963), que delimita las competencias entre la Diputación Foral y el Gobierno Civil. En síntesis, la competencia sobre las infracciones de transporte y policía de carreteras corresponderían a la Diputación Foral. La relativa a las infracciones de tráfico, al Gobernador Civil. Se fija la cooperación entre los agentes policiales dependientes de la Diputación Foral de Navarra y la Guardia Civil, incluso para la vigilancia y denuncia de infracciones de tráfico y de la Guardia Civil con los agentes de la Diputación para la vigilancia y denuncia de infracciones de transporte y policía de carreteras. El Gobierno Civil y la Diputación Foral de Navarra dan directrices a ambas fuerzas en ámbito de sus respectivas competencias. El acompañamiento de transportes especiales en Navarra se realizará por agentes dependientes de Diputación Foral.

Como ya hemos mencionado, en 1964 la Diputación Foral modificó la denominación del Cuerpo de Policías de Navarra, que pasó a denominarse Policía Foral, a la que le correspondía desempeñar, entre otras, las funciones de control y vigilancia de tráfico en las carreteras de Navarra en colaboración con la unidad de tráfico de la Guardia Civil.

⁶ IZU BELLOSO, M.J. OP. Cit, pág. 118.



B.2. Efectivo ejercicio por Navarra de competencias en tráfico. Su alcance.

Es indiscutible que el núcleo de la competencia de tráfico, definida por el TC, a que hemos hecho referencia en el apartado A de este punto 6 del artículo, ha sido ejercido por Navarra, a través de la Policía Foral. Las propias normas antes aludidas así lo patentizan, sin perjuicio de que pueda resultar ilustrativa una indagación histórica al respecto.

Pero también es cierto que (sólo) una parte "conexa" de la competencia (en cuanto funciones ejecutivas) no ha sido desarrollada por Navarra.

Hemos anticipado que las competencias ejecutivas en materia de tráfico y de Policía Foral (en cuanto cuerpo a que se atribuye la vigilancia del tráfico) pueden alcanzar, según los artículos 40 y 42 LORAFNA, las potestades reglamentarias para la organización de sus propios servicios, de administración, incluida la inspección y revisora en la vía administrativa, ejercidas de conformidad con las disposiciones de carácter general que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado.

Sin embargo, tanto en materia estricta de tráfico como de Policía Foral, la LORAFNA entiende que puede ejercer las funciones (nos interesan aquí las de índole ejecutiva) que actualmente ostenta.

Hasta 1962, le correspondía la sanción de cualesquiera infracciones al código de la circulación. Pero, desde entonces, sólo en materia de policía y conservación de carreteras. También la vigilancia y ordenación del tráfico, en concurrencia con la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil.



Resumen dichas competencias los correspondientes fundamentos de derecho (FFDD) Sextos de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 2018, resolutoria del recurso de casación nº 3400/15 y de 7 de marzo de 2018, recaída en el recurso de casación nº 3399/15. Esas sentencias recogen con alto grado de detalle la evolución antes descrita y concluyen que la realidad de las cosas consistía, al advenimiento de la LORAFNA, en una actuación administrativa de policía de carreteras basada en un modelo de colaboración entre fuerzas policiales estatales y navarras, correlativo a un marco de competencias concurrentes sobre un mismo objeto.

Sin ánimo de resultar exhaustivo, como ejemplo de funciones ejecutivas diferentes de las estrictamente policiales en esta materia, se puede aludir a las atribuciones que a la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante CAPV) ha conferido el Real Decreto 3256/1982, de 15 de octubre, de traspaso a dicha Comunidad de una serie de servicios en materia de ejecución de la legislación estatal sobre tráfico y circulación de vehículos.

Consecuentemente, Navarra, al advenimiento de la LORAFNA, no desarrollaba ciertas funciones administrativas dentro de las tareas ejecutivas de la legislación del Estado en esta materia de tráfico y circulación de vehículos de motor⁷.

⁷ En concreto:

- Facultades en materia de escuelas particulares de conductores. No es momento de detallar las mismas, bastando con recordar que respecto de las autorizaciones de instalación y funcionamiento habrá de respetar las normas sustantivas



dictadas por el Ministerio del Interior. En relación con los certificados para ejercer como profesores, en los tribunales calificadoros formará parte como vocal un funcionario de la Escala Técnica de la Jefatura Central de Tráfico designado por ésta. Corresponde al Estado, sin embargo, la fijación de los requisitos y el contenido mínimo de las pruebas que han de superarse para acceder a la condición de director o profesor de Escuelas particulares de conductores. Además, la Comunidad Autónoma ha de convocar las pruebas para la obtención de dichos certificados de aptitud en las mismas fechas y con el mismo programa que las convocadas por la Jefatura Central de Tráfico.

- La facultad de sancionar las infracciones en materia de tráfico (con exclusión de las que competen a los Municipios), previa instrucción, dictado de la resolución y ejecución, incluyendo la percepción del importe de las multas.

- La facultad de autorizar, conforme a la normativa vigente

La circulación de vehículos históricos, dentro de los límites territoriales de la Comunidad Autónoma;

Las pruebas deportivas cuyos itinerarios discurran íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma, así como la vigilancia y protección de las mismas y de aquellas otras cuyos itinerarios discurran en parte por dicho territorio.

- Campañas divulgativas de educación y formación vial en territorio de la Comunidad Autónoma, y ejecutar las que se programen por la Jefatura Central de Tráfico de ámbito territorial supracomunitario.

- Dictar las instrucciones a que deba ajustarse la actuación de las Policías Municipales para la observancia e interpretación de las normas de circulación en el territorio de la Comunidad en coordinación con la Jefatura Central de Tráfico.

- Medidas de vigilancia y/o restricciones en la circulación de vehículos por las vías públicas cuando así proceda de acuerdo con la legislación vigente, cumpliendo con las instrucciones de carácter general referidas a las grandes operaciones de movimiento de vehículos.



7. LA EXIGENCIA DE QUE LAS FACULTADES SEAN EJERCIDAS “ACTUALMENTE”

Cada una de las distintas vías de traspaso a una Comunidad Autónoma (y en concreto a Navarra) de funciones correspondientes a una competencia concreta, antes expuestas al invocar la normativa vigente, responde a un supuesto diferente en cuanto a la titularidad de la competencia sobre la materia examinada.

Es diferente la vía si la competencia sobre la materia es del Estado o es de Navarra, como se ha visto y así se desarrollará en las conclusiones de este escrito.

Se ha expuesto antes cómo el artículo 39.1.a) LORAFNA configura la competencia histórica por referencia a las facultades y competencias que actualmente ejerce, al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada y disposiciones complementarias.

El precepto no sólo emplea el término “actualmente”, sino que lo refiere a competencias (ejercidas por Navarra a la entrada en vigor de la LORAFNA) pero al amparo de la Ley Paccionada y disposiciones vigentes.

La interpretación del precepto podría descansar principalmente en el adverbio que apela a la “actualidad” del ejercicio de la competencia histórica.

- La percepción de los derechos o tasas a que dé lugar el ejercicio de las competencias anteriores.



Es pacífico que el término “actualmente” designa el tiempo actual o presente y también la realidad o verdad del ser y ejercicio de aquello de lo que ese adverbio se predica.

No puede discutirse que el término forma parte del precepto. Pero entiendo que ha de prestarse atención a que las competencias que actualmente ejerce no pueden ser otras (según el precepto impone) que las que se derivan de la Ley Paccionada y disposiciones complementarias. La evolución histórica a que se ha hecho mención pone de manifiesto que la competencia de tráfico y la ejercida en materia de tráfico por la Policía Foral son competencias con engarce en la Ley Paccionada y normas de aplicación de la misma. Son las restricciones a esas competencias (no se olvide de que se trata de recuperar competencias ejecutivas) las que no derivan de esos títulos normativos.

En definitiva, la medida en que la competencia de tráfico era desarrollada por Navarra al entrar en vigor la LORAFNA no derivaba de la Ley Paccionada ni de sus disposiciones complementarias, pues, entiendo, sería muy forzado encuadrar entre las mismas aquellas normas emanadas del Estado (no digamos meras actuaciones materiales) que hayan podido ir cercenando las facultades que el derecho histórico sustentado en la Ley Paccionada confería a Navarra.

El adverbio “actualmente” se reitera en dos especies del género derecho histórico: la especie relativa al tráfico (artículo 49.3 LORAFNA) y la que de la Policía Foral (artículo 51 LORAFNA).

La interpretación que hemos efectuado respecto del artículo 39.1.a) LORAFNA conviene igualmente a los



artículos 49.3 y 51, de modo que el contenido, los límites o la medida del derecho histórico más se completarían con lo que la Ley Paccionada y disposiciones complementarias le hayan atribuido que con actos o disposiciones estatales no conformes con lo que la Ley Paccionada en su momento hubiera dispuesto.

Sea como fuere, la especificación de cuáles sean las competencias y facultades o funciones que “actualmente” ostenta Navarra en una competencia histórica ha sido objeto de análisis por el TC.

A. La interpretación del adverbio “actualmente” en la STC 140/1990.

La debida comprensión de la doctrina del TC exige una lectura atenta de la literalidad de la sentencia citada (relativa a la competencia histórica sobre el régimen estatutario de los funcionarios). Se trata de la STC 140/1990, de 20 de septiembre, de la que son de interés especial sus fundamentos jurídicos (FFJJ) 3 y 4. La misma resuelve el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación contra el Decreto Foral 236/1984, de 21 de noviembre, aprobatorio del reglamento para la elección de órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra⁸.

Sin que este análisis excuse de la lectura de su texto, de su estudio se pueden extraer las siguientes consideraciones.

⁸ Un examen más acertado en RAZQUN LIZARRAGA, M.M. “Límites de las competencias históricas de Navarra. El ejemplo de la función pública”. Revista Jurídica de Navarra nº 58. Pamplona. Julio-Diciembre 2014. Páginas 13-45.



Esa sentencia consagra la consideración “dinámica” de las competencias forales, amparada por la Disposición Adicional Primera CE y recogida en la LORAFNA. Huye de una concepción fosilizada del régimen foral y permite entender una competencia en su complitud en el sentido actual. El TC contempla los derechos históricos como algo vivo. El propio TC había afirmado, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, por ejemplo, que el derecho histórico excede de lo normado en el Título VIII CE, dado que no implica tan sólo el reconocimiento de un elemento organizativo, sino también competencial, que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado.

Aunque la correcta determinación del alcance de un derecho histórico pueda exigir una investigación de esa naturaleza (histórica), aquél no termina ni concluye en una determinada fecha con el consiguiente anquilosamiento de la competencia. Y ello porque el derecho histórico sobre una materia supone el reconocimiento de esa competencia según el contenido que esa materia vaya teniendo a lo largo de la historia. Pues la garantía constitucional del régimen foral ampara un derecho histórico dinámico o evolutivo, acompasado a los cambios producidos a lo largo del tiempo.

De acuerdo con esta doctrina, la competencia en una materia abarca todas las funciones integrantes en -o inherentes a- ella con independencia de que algunas de ellas aparecido con posterioridad. La “actualidad” de las funciones ejercidas en el momento de entrar en vigor la LORAFNA no equivale a una foto fija de la competencia, sino, por el contrario, exige aplicar una concepción dinámica atendiendo a su devenir y posterior configuración normativa.



La actualización por la LORAFNA de un título competencial histórico supone la inclusión dentro de la competencia foral de lo que en cada momento haya de entenderse como comprendido dentro de ella.

En concreto, con referencia al objeto sobre el que versa la sentencia, la regulación (en aquel caso de la representación colectiva de los funcionarios) no se había llevado a cabo por Navarra en ejercicio de su competencia exclusiva (en los términos de la LORAFNA) en materia de funcionarios públicos. Pero el que no se hubiera disciplinado ese concreto aspecto no es lo relevante. Lo decisivo es que históricamente se haya ejercido la competencia sobre una materia globalmente considerada y no, dentro de la misma, sobre los aspectos concretos que hayan de considerarse incluidos en aquella materia en función de la situación histórica de cada momento. Siendo cierto que Navarra ha venido ejerciendo competencias en esa materia, dentro de sus facultades se incluye lo que en cada momento histórico haya de considerarse como dentro de esa competencia, lo que comprende, también, aquellos aspectos que se consideren incluidos en ella, aunque su ejercicio no se haya realizado con anterioridad, pues cabe entender que es consecuencia ineludible de los poderes que corresponden históricamente a la Comunidad Foral y le reconocen expresamente la CE y la LORAFNA.

La actualización de esa competencia supone la inclusión dentro de las facultades forales de lo que en cada momento haya de entenderse como comprendido dentro de su régimen (estatutario de los funcionarios, en ese caso).

En el análisis de esa STC no puede obviarse que contempla un supuesto algo diferente del que es objeto de este artículo, puesto que la regulación de los derechos



de representación colectiva de los funcionarios no formaba parte del régimen estatutario de los funcionarios ni en Navarra ni en el resto de España, tal y como dice la STC, "por la novedad del tema y lo reciente del ejercicio de competencias en relación al mismo".

La "novedad" se ilustra contemplando cómo la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical regula el derecho constitucional de libertad sindical, siendo de aplicación directa a las Administraciones Públicas lo referente a libertad sindical, régimen jurídico sindical, representatividad sindical, acción sindical, tutela de la libertad sindical, y represión de las conductas antisindicales. Y es la Ley 9/87 de 12 de junio, la que, en cumplimiento de la Disposición Adicional Segunda de la LOLS, normativiza otras materias referidas al derecho de sindicación de los funcionarios públicos, referentes a sus órganos de representación, determinación de sus condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Transportando estas consideraciones a la materia del tráfico, ya se ha apreciado cómo el resto de funciones ejecutivas en materia de tráfico que Navarra no ha venido ejerciendo sí que formaban parte del contenido que hasta este momento albergaba la competencia ejecutiva en materia de tráfico. Y ese contenido era efectivamente ejercido por el Estado. No es algo "novedoso".

Esa objeción, no obstante, no parece tan relevante cuando la propia STC más adelante consagra la conclusión de que basta con que se hayan ejercido competencias en una materia (atribuidas por un derecho histórico) para incluir en ese ámbito competencial lo que en cada momento haya de considerarse incorporado al ejercicio concreto y preciso de esa facultad.



Así, entiendo que, de acuerdo con la transcrita doctrina constitucional, también en este caso ha de considerarse que dentro de las competencias de Navarra para el control y vigilancia del tráfico y de policía, actualizadas en los artículos 49.3 y 51 LORAFNA, se puede encuadrar el resto de funciones que ahora no se ejercen⁹.

B. La aplicación de esa doctrina por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

Las ya anteriormente mencionadas SSTS de 13 de febrero de 2018 (sentencia nº 219/2018, recurso de casación nº 3400/2015) y de 7 de marzo de 2018 (sentencia nº 379/2018, recurso de casación nº 3399/2015) superan la salvedad que este mismo escrito ha esbozado en el apartado A de este numeral 7, en el sentido de que la doctrina del TC se aplicaba a un supuesto en que Navarra no había regulado un concreto aspecto del régimen estatutario funcional por la novedad del asunto.

⁹ Alguna doctrina expone, en línea coincidente con estos razonamientos, que, una vez *“reconocido por la Constitución y asumido por la Comunidad, el derecho histórico no nos remite a la historia, sino a capacidad de determinación de su sujeto político a partir de la misma. Es cuestión de título antes que de contenido. No es tan sólo que sirva para asumir determinadas competencias, sino también y ante todo que capacita para determinarse sobre el propio autogobierno más allá de lo que la propia Constitución prevé. El reconocimiento constitucional no se hizo para subordinar Comunidades a la historia, sino para todo lo contrario, para abrirles horizonte de autonomía”*. CLAVERO SALVADOR, B. *“Desde el principio”*: la quiebra jurisprudencial del autogobierno constitucional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, (2019), PÁGS. 116-134.



En efecto, el propio objeto de esos pronunciamientos revela cómo la Sala no ha considerado esa cautela antes expuesta como obstativa del ejercicio por Navarra de determinadas funciones ejecutivas en materia de tráfico. Así, en esas resoluciones judiciales se contempla la regularidad jurídica de dos resoluciones del Director General de Interior del Gobierno de Navarra, por la que se establecen medidas especiales de regulación de tráfico. Y esas funciones sí que eran ejercidas con anterioridad, no eran “novedosas”, y se llevaban a cabo por la Administración del Estado. Sin ánimo exhaustivo, baste con considerar la Resolución de 29 de diciembre de 2010, de la Dirección General de Tráfico, por la que se establecen medidas especiales de regulación del tráfico durante el año 2011, o la Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Tráfico, por la que se establecen medidas especiales de regulación del tráfico durante el año 2012. Esas normas someten a regulación, a determinados efectos, las carreteras de Navarra. Por ejemplo, en la previsión de que las restricciones a pruebas deportivas en la citada Comunidad serían las de carácter general, aplicables sólo a las carreteras de la Red de Interés General y Foral.

El hecho de que determinadas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor hayan sido ejercidas por la Administración del Estado y no por Navarra, y no por una irrupción “del tema” en un momento dado que hubiera impedido su desempeño por Navarra con anterioridad, no impide que Navarra lleve a la práctica su competencia en la materia, con sustento en lo establecido en la LORAFNA.

Ha de incluirse en la competencia lo que en cada momento histórico puedan considerarse como facultades ejecutivas en materia de tráfico.



Los FFDD 4, in fine, de esas sentencias reconocen que

“...la competencia de ejecución de la legislación del Estado en la materia que nos ocupa ya venía siendo ejercitada de forma ininterrumpida por la Diputación Foral de Navarra. En este contexto se explica la previsión del artículo 49.3 LORAFNA, a cuyo tenor en «todo lo relativo al tráfico y circulación, Navarra conservará íntegramente las facultades y competencias que actualmente ostenta»; precepto este que a su vez ha de ponerse en relación con el artículo 51, cuyo apartado 1º dispone que «corresponde a Navarra la regulación del régimen de la Policía Foral que, bajo el mando supremo de la Diputación Foral, continuará ejerciendo las funciones que actualmente ostenta».

Sigue esta línea el FD 5 de esas sentencias, y recuerda doctrina del TC, (sentencias TC 159/1993 de 6 de mayo, 208/2012, de 14 de noviembre, y 110/2014, de 26 de junio) que puede reconducirse, en esencia, a la que se ha inferido de la STC 140/1990, antes expuesta.

El FD 6 de ambas sentencias analiza la expresión «que actualmente ostenta» y afirma que la legalidad postconstitucional ha atribuido a la Comunidad Foral de Navarra la competencia en materia de planificación, construcción, conservación, uso y explotación de las carreteras, y ha configurado un cuerpo de policía foral definido a nivel legal conforme a las pautas características de un cuerpo policial integral, que asume dentro de esa caracterización integral la materia de tráfico y circulación vial (bien que hic et nunc aún en concurrencia con las fuerzas de seguridad del Estado).

El FD 7 contempla la objeción de la representación de la Administración del Estado, en el sentido de que Navarra



ostenta competencias en materia de ordenación del tráfico, entendida únicamente como vigilancia, control y policía de la circulación vial, negando que esa competencia se extienda a lo que es tráfico y circulación en sí mismos, a la "regulación del tráfico propiamente dicho".

Para el TS, se trata de una distinción forzada: "separar en el ámbito ejecutivo el tráfico propiamente dicho, por un lado, y su control, vigilancia y disciplina policial, por otro, supone una labor de deslinde que en la práctica es muy difícil porque ambos se entremezclan en su planteamiento y desarrollo". Impondría que una misma actuación hubiera de ser asumida al mismo tiempo y en el mismo lugar por autoridades administrativas y fuerzas policiales distintas: unas ordenarían las restricciones del tráfico, otras vigilarían lo ordenado y sancionarían... Distorsiones "que no tendrían lugar si la totalidad de la atención del tráfico y la circulación es asumida por un solo nivel administrativo y una única fuerza policial de tráfico".

Navarra ha ejercitado facultades integrales en actividad de policía de carreteras, que se proyectaban sobre la gestión y mantenimiento del viario, y, por tanto, no sólo sobre la disciplina de su utilización. Facultades integrales que, aun cuando a partir de la Guerra Civil de 1936-1939 se vinieron a limitar, fueron retenidas por la Diputación Foral en cuanto a las competencias de gestión y policía administrativa en concurrencia con las de las Fuerzas y Cuerpos del Estado.

Además, la "interpretación de los títulos competenciales autonómicos aquí implicados debe hacerse no de forma restrictiva, sino en coherencia con el propósito consagrado en la LORAFNA de reintegración y mejoramiento del fuero, lo que implica una



contemplación de los derechos históricos que se trata de reintegrar y mejorar no meramente literal de las normas preconstitucionales sino acorde con las competencias históricas. Si la reintegración y amejoramiento del Fuero que ha hecho esta Ley Orgánica contempla que en la materia que analizamos se conservarán las facultades y competencias «que actualmente se ostentan», esta cláusula ha de valorarse no desde el prisma formalista de la última legalidad estatal preconstitucional adoptada, en contra de la tradición histórica y la filosofía del régimen foral, sino como referida a las funciones reales que la Diputación Foral seguía asumiendo y correspondían conforme a su ininterrumpida tradición.

El hecho de que la LORAFNA (artículos 49.3 y 51.1) diga que se mantendrán las facultades, competencias y funciones “que actualmente se ostentan” no puede interpretarse reduccionistamente, en atención a la estricta literalidad de las normas estatales preconstitucionales inmediatamente anteriores a la aprobación de la LORAFNA, sino en atención a la realidad de las facultades, competencias y funciones que las instituciones navarras y quienes las servían habían ostentado históricamente y seguían asumiendo y defendiendo al tiempo de la aprobación de la norma estatutaria, que ya ha quedado dicho que, en cuanto ahora interesa, se extendían a la ordenación del tráfico y la policía de carreteras.

Las sentencias nos vuelven a poner ante la vista el hecho de que ha sido posible que una competencia ejecutiva en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor haya sido efectivamente ejercida por Navarra y otras no. Como venimos razonando, de esta situación no surge como consecuencia la imposibilidad de un pleno ejercicio competencial en la materia. Y ello sin necesidad de integrar esas facultades que no se ejercitan por Navarra.



Como vemos, las SSTS citadas, al estudiar (a los efectos del pleito que resolvían) las competencias de establecer restricciones o limitaciones a la circulación de vehículos (que antes se habían fijado por la Administración del Estado) dicen que (FD 7) el deslinde competencial del que parte la sentencia de instancia conlleva una separación forzada, ineficiente y disfuncional de ámbitos que, lejos de presentarse diferenciados, se entremezclan y resultan por ello difícilmente diferenciables. En el terreno ejecutivo, el tráfico propiamente dicho y su control, vigilancia y disciplina policial se entrelazan en su planteamiento y desarrollo.

Congruentemente con la vigencia, sin impugnación alguna, de la Ley 5/2007, de Carreteras de Navarra, sobre la que no se plantea cuestión de inconstitucionalidad (tampoco lo hace el propio TS), la legislación foral navarra, en desarrollo de las previsiones estatutarias, permite una intervención policial no sólo en materia de ordenación del tráfico y control y represión de conductas infractoras, sino también en el tráfico mismo.

La legislación foral de policía y carreteras citada, lejos de hacerse acreedora al reproche de inconstitucionalidad por un eventual exceso competencial, no hace más que poner de manifiesto que la asunción de competencias por la Comunidad por la vía de la reintegración y el mejoramiento del Fuero incluye los ámbitos competenciales que la Administración del Estado discutía.

En consecuencia, también las SSTS invocadas abonan la interpretación dinámica de los derechos históricos de Navarra en su vertiente competencial, que impone su actualización a aquel contenido que sea conforme con las facultades que en cada momento hayan de integrarlo,



sin que sea obstáculo para ello el hecho de que hasta un determinado momento alguna facultad ejecutiva concreta de la legislación estatal en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor no haya sido efectivamente ejercida por Navarra.

8. LOS PROCEDIMIENTOS DE ASUNCIÓN DE FUNCIONES EJECUTIVA EN MATERIA DE TRÁFICO.

A. Los antecedentes históricos y legislativos.

En el momento en que se plantee la aplicación o el enjuiciamiento del concreto instrumento normativo por el que se opte para la asignación a Navarra del resto de funciones ejecutivas en materia de tráfico, la exégesis normativa habrá de verse completada con el examen de los antecedentes históricos y legislativos.

En efecto, en orden a interpretar la norma o disposición general que articule la asunción de otras competencias ejecutivas en materia de tráfico, además de atender a la dicción de los preceptos en cuestión, habrá también de prestarse atención a los antecedentes históricos y legislativos, cuyo valor interpretativo de las normas consagra el propio artículo 3.1 del Código Civil. Antecedentes que, en esta materia, bien podrían incorporarse también a la "realidad social" del tiempo en que nos movemos.

El Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre) no hace mención alguna al tráfico. Su artículo 17 reconoce a la CAPV competencia en materia de Policía en los siguientes términos: *"Mediante el proceso de actualización del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución, corresponderá a las Instituciones del País Vasco, en la forma que se determina en este*



Estatuto, el régimen de la Policía Autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo, quedando reservados en todo caso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los servicios policiales de carácter extracomunitario y supracomunitario, como la vigilancia de puertos, aeropuertos, costas y fronteras, aduanas, control de entrada y salida en territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión, emigración e inmigración, pasaportes y documento nacional de identidad, armas y explosivos, resguardo fiscal del Estado, contrabando y fraude fiscal al Estado” (artículo 17.1). Por otra parte, dicha Policía autonómica se integra inicialmente por el Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Álava, existente en ese momento, y por los Cuerpos de Miñones y Miqueletes dependientes de las Diputaciones de Vizcaya y Guipúzcoa –inexistentes en aquella coyuntura y en la etapa preconstitucional- que se restablecen mediante este precepto (artículo 17.5).

Sólo con base en esta regla estatutaria (artículo 17 EAPV), por Real Decreto 3256/1982, de 15 de octubre, sobre traspaso de servicios del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de ejecución de la legislación del Estado sobre tráfico y circulación de vehículos, se transfirieron a esa Comunidad funciones y competencias referidas a la ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico y circulación de vehículos. En efecto, ese traspaso, como se indica en la parte expositiva de dicho Real Decreto y en el propio acuerdo de traspaso que se aprueba, trae causa del artículo 17 EAPV. En suma, que, de la competencia autonómica en materia de policía en virtud de la actualización de sus derechos históricos, se deriva la competencia ejecutiva en materia de tráfico y circulación de vehículos.



Ilustra que se considera que ese sea el cimiento de la competencia lo que señala el apartado A) del acuerdo de traspaso adoptado por la Comisión Mixta:

“A) Competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma.

Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 17 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, cuyo desarrollo se inició a través del Real Decreto 2903/1982, de 22 de diciembre, y del reconocimiento expreso del Estado a unos antecedentes históricos debidamente actualizados, corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco las funciones que en este acuerdo se citan, de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico y circulación de vehículos.”

Así pues, a la CAPV se han traspasado servicios en materia de tráfico y circulación de vehículos con base en su competencia en materia de policía, sin concreción estatutaria alguna respecto de la específica materia de tráfico.

No parece discutible que la Comunidad Foral de Navarra ostenta una situación preconstitucional cuando menos similar a la del territorio histórico de Álava de la CAPV en cuanto a policía de carreteras (artículo 51 LORAFNA) y, además, dispone del ya repetidamente analizado título añadido, configurado por el expreso reconocimiento estatutario de su competencia histórica en materia de tráfico y circulación de vehículos, desconocido en el EAPV (artículo 49.3 LORAFNA).

Si el antecedente citado culminó con ese procedimiento, sería incongruente impedir en el caso de Navarra acudir a un Real Decreto de traspaso de servicios del Estado.



Situación diferente se observa en Cataluña. El inicial artículo 13.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, al regular la policía autonómica, reservaba a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado servicios de carácter extracomunitario y supracomunitario, entre los cuales situaba el tráfico. Esto es, excluía la materia de tráfico del ámbito competencial autonómico de Cataluña.

Habida cuenta no ya de que el Estatuto de Autonomía no contemplase la materia de tráfico entre las propias de la competencia de esa Comunidad, sino de su expresa exclusión de su acervo competencial, era ineludible que hubiera de acudir al procedimiento de la Ley Orgánica previsto en el artículo 150.2 CE. Así se hizo.

Ello conllevó la aprobación de la Ley Orgánica 6/1997, de 15 de diciembre, de transferencia de competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor a la Comunidad Autónoma de Cataluña, lo que permitió después el traspaso de los servicios correspondientes por Real Decreto 391/1998, de 13 de marzo.

En esta Ley Orgánica se parte de la competencia estatal sobre tráfico y circulación de vehículos a motor atribuida al Estado por el artículo 149.1.21 CE, cuya concordancia en el ámbito estatutario se encuentra en el artículo 13.4 del Estatuto, fundamentado sin embargo en el artículo 149.1.29 de la Constitución; concordancia que se explica en la tradicional reunión en el mismo Departamento ministerial y la encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de la ordenación del tráfico y protección del orden público y de la seguridad ciudadana.

Como el artículo 13 del Estatuto autorizaba a la Generalidad de Cataluña a crear una Policía Autónoma,



con competencia en materia de seguridad ciudadana - que la tradición administrativa vincula a la de tráfico- se estima justificada la transferencia, disponiendo además la Comunidad de la infraestructura indispensable para el ejercicio de las funciones transferidas.

Por ello, se transfieren a Cataluña las facultades de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, con las salvedades expresadas en el artículo 1 y en las condiciones de ejercicio fijadas en el artículo 2; disponiendo que la asunción del ejercicio competencial será efectiva a partir del traspaso de servicios (artículo 3). Por último, esta transferencia está inevitablemente conectada con el despliegue de la Policía Autónoma, a la que se refiere la Disposición Transitoria Única de dicha Ley-Orgánica 611997.

El traspaso de servicios y funciones a que se refiere la citada Ley Orgánica de transferencia se llevó a cabo por el indicado Real Decreto 391/1998, de 13 de marzo, que identifica de forma pormenorizada los servicios y funciones de ejecución de la Administración del Estado que se traspasan a la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Ha de señalarse a este respecto que la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, asigna a la Comunidad determinadas competencias, entre las que destaca, en materia de seguridad pública, las que le confiere el artículo 164, de forma señalada la creación y la organización de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra y el control y la vigilancia del tráfico.

El procedimiento seguido con Cataluña es congruente con la ausencia de previsión estatutaria en materia de tráfico, ausencia que no se produce en Navarra, como se



ha visto, lo que excluye, de entrada, su mimética extensión al supuesto de hecho que contempla esta norma de transferencia de competencias en materia de titularidad estatal.

B. Conclusiones en cuanto al instrumento a emplear para completar las funciones ejecutivas en esta materia por Navarra.

Ha de resaltarse que las conclusiones que se van a sentar no puede resultar tan terminantes como pudieran establecerse en un estudio de otra naturaleza. Esa seguridad en las consecuencias de nuestra argumentación viene entorpecida por la propia índole de la materia y por la complicación que supone el juego de la garantía constitucional de los derechos históricos de Navarra respecto de los mecanismos de distribución de competencias diseñados por la CE y respecto de las vías para su asignación, modificación o traspaso de servicios estatales¹⁰.

¹⁰ El estudio antes citado de IZU BELLOSO, M.J., Op. Cit., pag. 121, concluye que la recuperación de las competencias de tráfico podría consistir:

a) En asumir toda la competencia de ejecución de la normativa estatal en materia de tráfico, de modo similar al País Vasco, por vía de reforma de la LORAFNA o LO de transferencias o delegación de funciones.

b) En atribuir a la Policía Foral la vigilancia del tráfico en las carreteras de Navarra, sustituyendo a la Guardia Civil, sin asunción de otras facultades o competencias. Opción que podría articularse sin necesidad de acudir a esos instrumentos normativos, sino, simplemente, por un acuerdo entre las dos administraciones, por las que la Guardia Civil restringiera sus servicios en Navarra a los de incidencia supraterritorial, como acompañamiento de transportes especiales o pruebas deportivas que excedieran el territorio foral y casos similar



B.1. Mediante una modificación de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Hipotéticamente, cabría cuestionarse si podría emplearse este mecanismo para la asunción de competencias en materia de tráfico.

Como hemos visto, la competencia de la Policía Foral en materia de tráfico en la actualidad no difiere de la que corresponde a la Guardia Civil. La concurrencia de ambos cuerpos en la vigilancia del tráfico no patentiza deficiencia alguna de la Policía Foral respecto del ejercicio de esa competencia sino, antes al contrario, su paridad respecto de las competencias que en esa materia desempeña la Guardia Civil.

Anteriormente se ha analizado que, entre las funciones que la LOFCS atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se ubica la asignación a la Guardia Civil de "la vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en las vías públicas interurbanas" (artículo 12.1. B. c).

Sin embargo, la Disposición Final Tercera de la LOFCS antes citada no invoca ese precepto entre los que sean de aplicación directa en Navarra.

Si ese precepto se hubiera integrado entre los que son de aplicación directa a Navarra, ello habría resultado contradictorio con el artículo 51 de la LORAFNA.

Además, como también hemos anticipado, los preceptos de aplicación directa a que esa Disposición Final Tercera de la LOFCS alude no proyectan incidencia funcional inmediata en las atribuciones que la Policía Foral pueda desempeñar en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor.



En consecuencia, esa vigilancia del tráfico se ha atribuido legítimamente a la Policía Foral por el artículo 16.f) de la Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra.

Por tanto, no hay necesidad alguna de interesar una modificación de la mencionada LO.

B.2. Mediante la vía del artículo 150.2 CE, esto es, una Ley Orgánica de transferencia o delegación

La opción enunciada, no cabe duda, calmaría cualquier inseguridad al respecto, pues se trata de un procedimiento de un elevado rango normativo.

Sin embargo, la consecuencia a que aboca el razonamiento seguido en este escrito no parece permitir esa solución.

Según su dicción literal:

“El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.”

El artículo alude a materias de competencia del Estado. La competencia en materia de tráfico es del Estado en el diseño competencial que se plasma en los artículos 148 y 149 CE.

Sin embargo, no es discutido que Navarra tiene competencias en materia de tráfico. Si los derechos



históricos confieren a Navarra un contenido competencial exorbitante respecto del que deriva de la combinación de los artículos 148 y 149 CE, la apelación a ese procedimiento de transferencia o delegación parece forzada. Navarra no requiere que ninguna otra disposición con rango de Ley Orgánica le transfiera competencias ejecutivas en materia de tráfico, pues ya las tiene, reconocidas en la LORAFNA con sustento en la Disposición Adicional Primera CE. Además, su ejercicio ha venido siendo reconocido por el Estado durante siglos (y decenios tras la entrada en vigor de la CE y la LORAFNA).

No adviene, pues, el supuesto de hecho que la norma constitucional contempla: que se trate de facultades correspondientes a materia de titularidad estatal en el sentido en que tal norma lo entiende.

De otra parte, no cabe duda de que, en el régimen "común" autonómico, no hay obstáculo para la delegación a una o a todas las Comunidades Autónomas de facultades de ejecución singularizadas sobre una materia concreta (por ejemplo, lo que se hizo por la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en relación con los transportes por carretera y cable).

Coincidiría con el caso que examinamos en que sólo se delegan o se transfieren unas concretas facultades ejecutivas (y no todas) en una determinada materia.

Sin embargo, el obstáculo que apreciamos en este caso es el que antes hemos opuesto: en el caso de Navarra, la delegación de funciones ejecutivas concretas no se referiría a materia de titularidad estatal, sino a una materia en la que Navarra ostenta una competencia histórica.



Entiendo que no cabe esta vía.

B.3. A través de una modificación de la LORAFNA al objeto de que se recoja en la misma la competencia, vía artículo 71 de la propia norma institucional básica de la Comunidad Foral

Esta posible vía nos sitúa ante un escenario similar al anteriormente examinado.

Según este mecanismo, la incorporación de otros derechos originarios e históricos se hará reformando la LORAFNA, a iniciativa de la Diputación Foral o del Gobierno de la Nación, que elaborarán una propuesta conjunta, a ser sometida a la aprobación del Parlamento de Navarra y de las Cortes Generales por el mismo procedimiento seguido para la aprobación de la LORAFNA.

Los derechos originarios e históricos en materia de tráfico están incorporados a la LORAFNA. Las competencias en materia de tráfico que la LORAFNA prevé son de índole ejecutiva. Es cierto que existen funciones ejecutivas que no son desempeñadas por Navarra. Pero esas concretas funciones no constituyen derechos históricos que hayan de incorporarse a la LORAFNA.

Los mentados derechos históricos que fundamentan la competencia en tráfico (y Policía Foral) ya se han insertado en la LORAFNA, como hemos visto. La interpretación dinámica de los derechos históricos que el TC impone hace que no sea razonable efectuar disecciones entre unas y otras facultades de índole ejecutiva, aunque el devenir de determinados acontecimientos y regímenes políticos haya confluído en



una situación de concurrencia de funciones ejecutivas en la materia de tráfico.

Un procedimiento como el previsto en la Disposición Adicional Primera LORAFNA no está pensado para que Navarra asuma la ejecución de otras funciones ejecutivas, íntimamente conectadas con las que ha venido ejerciendo en concurrencia con el Estado, sino para la incorporación de derechos históricos no contemplados en la LORAFNA.

Emplear esa vía supondría entender que la competencia histórica en materia de tráfico no es la competencia ejecutiva, sino sólo una parte de las funciones ejecutivas que, según el TS, son de irrazonable desglose dentro del conjunto armónico de las mismas.

Recordamos, además, que, por un lado, el límite de la competencia histórica en este caso concreto, de entender aplicable este procedimiento, no vendría impuesto por el tope o confín que el artículo 39.1.a) LORAFNA prevé, sino que lo constituiría el status quo en que se sitúe el ejercicio de una competencia en el momento de la entrada en vigor de la LORAFNA, no por aplicación de las normas a que la propia LORAFNA apela (la Ley Paccionada y disposiciones complementarias) sino por prácticas y normas estatales que en nada complementan ni respetan la mentada Ley Paccionada.

Por otro lado, aunque el estado del ejercicio de las competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor dependiera (que no es el caso) de la Ley Paccionada y disposiciones complementarias, el entendimiento de las competencias ejecutivas en materia de tráfico tal y como exactamente se encuentran al comenzar la vigencia de la LORAFNA contravendría la doctrina del carácter dinámico de los



derechos históricos en su vertiente competencial, establecida por el TC y el TS en las sentencias que han sido comentadas.

No se precisa, pues, esta vía.

B.4. Por medio de un Real Decreto de transferencias previa negociación y acuerdo en el seno de la Junta de Transferencias, vía Real Decreto 2356/1984, de 19 de diciembre, por el que se establecen las normas reguladoras de la transferencia de servicios estatales a la Comunidad Foral de Navarra

La argumentación precedente aboca a que esta sea la solución más acertada, habida cuenta de que la competencia ya está reconocida en la LORAFNA. También la LORAFNA cumple las previsiones constitucionales (artículo 147.2. d) CE), al establecer en su Disposición Transitoria Cuarta las bases para la transferencia a Navarra de los servicios relativos a las facultades y competencias que, conforme a la misma LORAFNA, le corresponden.

En el caso de Navarra, está “estatutariamente” reconocida la competencia de la Comunidad Foral en la materia. La ausencia de determinados medios materiales para ejercer en su plenitud las competencias ejecutivas de Navarra en materia de tráfico hace que, mientras el traspaso se efectúe, el Estado las pueda seguir desarrollando, como ha venido sucediendo hasta la fecha.

La doctrina constitucional sobre el valor de los reales decretos de traspasos o transferencias de servicios estatales a las Comunidades Autónomas ha sido fijada reiteradamente por el Tribunal Constitucional [por todas,



SSTC 25/1983, de 7 de abril, FJ 3; 149/1991, de 4 de julio, FJ 4, E); y 132/998, de 18 de junio de 1998]. La naturaleza de estos Reales Decretos consiste únicamente en la de ser instrumentos para la transferencia de servicios, esto es, de medios materiales, personales y, en su caso, financieros para ejercer la competencia, pero en ningún caso a su través de traspasa competencia alguna. No son, en consecuencia, normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias, compuesto exclusivamente por la Constitución, los Estatutos y, en su caso, las demás disposiciones atributivas de competencias. El traspaso de servicios es condición del pleno ejercicio de las competencias estatutariamente transferidas cuando, según su naturaleza, sea necesario e imprescindible, caso en el cual es constitucionalmente lícito el ejercicio de las competencias por el Estado mientras los servicios no sean transferidos (STC 25/1983, FJ 3).

La posesión por Navarra de la competencia en materia de tráfico y de Policía Foral no depende, pues, de que no se hayan traspasado determinados servicios. El Real Decreto de traspaso de servicios no es determinante de la titularidad de la competencia: la competencia se recibe en la LORAFNA, de modo que el traspaso es una consecuencia de la previa titularidad de la competencia correspondiente que lo habilita o ampara.

La Comunidad Foral de Navarra, pues, ostenta competencia en la materia y sólo precisará el traspaso de algunos servicios correspondientes a dicha materia o función. En concreto, de los no ejercidos por Navarra, o de la porción de los ejercidos por Navarra que hayan sido desempeñados en concurrencia con el Estado.



Esta es, pues, la vía que entiendo acomodada para que Navarra pueda actualizar su competencia en esta materia de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico y circulación de vehículo.

RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE GOBIERNO

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Técnico Superior de Administración General de la
Comunidad de Madrid
DPP. por el Instituto Nacional de Administración Pública
(INAP.) España.

"Los Reyes se fían más de la pericia de los Letrados que de la lealtad y virtudes de los Nobles, a los que reservan cargos de mayor perfil político.» (J.M. GARCÍA MARÍN. El oficio público en Castilla durante la Baja" Edad Media, INAP, 1987)¹

Resumen: Como reconoce la exposición de motivos de la vigente Ley de Gobierno, además del principio departamental, el funcionamiento del Gobierno queda presidido por los de colegialidad y dirección presidencial. Especialmente este último deduce, que los órganos colegiados de Gobierno difieren en el proceso de toma de decisiones de sus análogos administrativos. La colegialidad propia de los órganos encargados de la dirección del Poder Ejecutivo (Consejo de Ministros y

¹ Págs. 221 y 221



Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas), así como, en general, de los órganos pluripersonales de apoyo a aquellos, presenta, por consecuencia, ciertas características singulares en lo que refiere a su intensa dependencia, estructural y funcional, de la máxima autoridad unipersonal: el Presidente del Gobierno o de la Comunidad Autónoma, por lo que procede concluir que la «colegialidad gubernamental» se encuentra debilitada, tanto jurídica cuanto políticamente.

Abstract²: As recognized by the statement of reasons of the current Government Law, besides the departmental principle, the functioning of the Government is presided by the principles of collegiality and presidential primary. Specially form this latter principle, it may be deduced that collegiate bodies of government differ in the decision-making process from their administrative analogues. The collegiality inherent to the bodies that are in charge of the executive power management (Council of Ministers and Councils of the Autonomous Communities) –usually as well as the multiple person bodies that support them– is consequently presenting certain unique characteristics regarding its intense structural and functional dependence on the highest unipersonal authority: the President of the Government or the Autonomous Community, so, therefore, it might be concluded that actually, the "governmental collegiality" had been weakened, both legally and politically.

Palabras clave: Órganos colegiados, Gobierno, Consejo de Ministros, Presidente, Colegialidad

Keywords: Collegiate bodies, Government, Council of Ministers, President, Collegiate.

² Adaptation by Carmen Larrea.

Sumario:

1. LA «TEORIA DEL ORGANO.» ÓRGANOS UNIPERSONALES Y ORGANOS ADMINISTRATIVOS COLEGIADOS; 2. ÓRGANOS COLEGIADOS EN LA LEY DE REGIMEN JURIDICO DEL SECTOR PUBLICO: REFERENCIA A LOS ORGANOS DE GOBIERNO; 3. CONCLUSION: EL PRINCIPIO DE COLEGIALIDAD GUBERNAMENTAL.

1.La «teoría del órgano.» Órganos unipersonales y órganos administrativos colegiados

La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE.), no reconoce, expresamente, al Estado, personalidad jurídica. Tampoco se la reconoce –expresamente- a las Comunidades Autónomas y sí, sin embargo, la reconoce a Municipios (artículo 140, «éstos gozarán de personalidad jurídica plena») y a las Provincias (art. 141, «la provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia»), e incluso a circunscripciones territoriales supramunicipales (artículo 152, apartado 3º, «mediante la agrupación de municipios limítrofes, los estatutos podrán establecer circunscripciones territoriales propias, que gozarán de plena personalidad jurídica.»).

Como igual resulta conocido, siendo preciso, no obstante, recordarlo, el artículo 3.4 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del



Sector Público (en adelante, LRJSP) dispone, a su vez, que:

«Cada una de las Administraciones Públicas [relacionadas al artículo 2 de la ley citada] actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.»

Teniendo consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como «cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de dichas Administraciones Públicas» (art. 2, LRJSP, citado), el carácter abstracto de la personalidad jurídica que el ordenamiento atribuye a dichas estructuras administrativas determina, a su vez, una exigencia de configurar unidades «funcionales», servidas por personas físicas, a las que se reconoce la capacidad de actuar, en cada caso concreto, las potestades que aquellas entidades tienen atribuidas, imputándose a estas últimas el resultado de dicha actuación.

Esta necesidad es puesta de manifiesto por R. MARTÍN MATEO al definir a los órganos administrativos como «centros permanentes de decisión, servidos por personas físicas»³, expresión que, por su parte, debe interpretarse en el sentido de que el ejercicio por el órgano administrativo de las competencias atribuidas, se entiende realizado por la propia persona jurídica en la que se integra⁴.

³ Manual de Derecho Administrativo, 20.ª ed. (1999), Trivium, Madrid, pág. 152

⁴ VALERO TORRIJOS, J. (2002) Los órganos colegiados. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), pág. 390.

La Administración Pública, como persona jurídica, no puede, en efecto, actuar –por sí misma- en el tráfico, por faltarle, esencialmente, la sustancia necesaria para ello.

Dicha actuación ha de producirse, en consecuencia, mediante personas físicas a quienes corresponde formar, manifestar o ejecutar su «voluntad.»

La cuestión que se plantea –de inicio- es, por tanto, relativa a explicar la naturaleza de la relación que liga a tales personas (físicas) y a la Entidad jurídica (Administración Pública) por cuenta de la que actúan. Dos han sido, a saber, las teorías más relevantes formuladas al respecto.

La que puede sintetizarse teoría de la «representación», que considera que dichas personas físicas resultan genuinos representantes de la Administración Pública, existiendo, de manera consecuente, una dualidad de personalidades y/o de voluntades. Y, frente a ella, la generalizadamente aceptada en la actualidad «teoría del órgano», que considera que las personas físicas que actúan por cuenta de la Administración no son representantes sino, más bien, titulares de los órganos de aquella y que, por consecuencia, ostentan, virtud de dicho nombramiento, una misma personalidad⁵. No es, por ello, posible hablar de una voluntad administrativa «distinta» de la de los sujetos (personas físicas, titulares del órgano) que, en cada momento y para cada actuación, la encarnan, virtud de los correspondientes nombramientos administrativos.

⁵ GIERKE, O. V. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien (1880)



Así, conforme recuerda la consensuada «teoría del órgano», acuñada por GIERKE (1880), «la organización administrativa se resuelve en órganos», y cada Administración Pública, a partir de su personalidad jurídica única, actúa y exterioriza su voluntad, de acuerdo al principio de competencia, a través de sus órganos administrativos que decide crear con base en su potestad de auto-organización⁶.

En consecuencia, desde punto de vista doctrinal, cabría considerar que los órganos administrativos son aquellas unidades a las que el ordenamiento reconoce posibilidad de realizar eficazmente una actuación, comprometiendo a la persona jurídica en la que se integran⁷.

El artículo 8.1 de la LRJSP, a estos efectos y bajo la rúbrica de: «competencia», dispone que ésta es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia⁸.

⁶ JIMÉNEZ VACAS, J. J., Órganos colegiados de las distintas Administraciones públicas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Revista Auditoría Pública nº 72 (2018); JIMÉNEZ VACAS, J. J., Reglas esenciales para la formación de la voluntad de las mesas de contratación pública, como órganos colegiados (2020); JIMÉNEZ VACAS, J. J. (2020), El principio de actuación ética de los miembros de órganos colegiados de selección de personal de las Administraciones Públicas. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid; e INAP, 2020, en Estudios y Comentarios.

⁷ VALERO TORRIJOS, J. (2002) Los órganos colegiados... INAP, pág. 390

⁸ La competencia de un órgano administrativo es, según M. SÁNCHEZ MORÓN, la parcela de potestad que corresponde a cada órgano o conjunto de facultades, funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a un órgano determinado (Derecho administrativo, 2016, ob. Cit. por

De dicha forma y frente a la noción de «competencia administrativa» que alude a aquél conjunto de «atribuciones» que corresponden a cada Administración Pública, la de competencia orgánica refiere al conjunto de «poderes» que, dentro de una concreta Administración Pública, corresponden a cada uno de sus órganos, de acuerdo a la estructura orgánica de aquella.

CAMPOS ACUÑA, M^a. C. Comentarios a la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, 2017, pág. 60).

Las competencias administrativas están asignadas a los órganos administrativos a partir de las que constitucionalmente corresponden a cada Administración territorial, y a través de normas jurídicas, generalmente, de rango reglamentario (Decretos, en las Comunidades Autónomas, y Reales Decretos por los que se establece la estructura orgánica de los diversos Departamentos Ministeriales, en la AGE, por ejemplo). Así, la competencia constituye elemento esencial del órgano administrativo ya que tiene carácter de presupuesto y límite de su actividad y es, por ello, que el apdo. 1º del artículo 8 de la LRJSP citado, la define como «irrenunciable.»

Resulta necesario intentar aclarar la distinción entre potestad, atribución y función, ya que estas palabras se suelen utilizar como sinónimas, aunque tengan, en realidad, significados distintos. De ahí, que «la potestad o capacidad, sería propia del sujeto, de la Administración Pública, y la competencia sería la participación que cada órgano dentro de la Administración (persona jurídica) tiene de las potestades públicas atribuidas a ésta» (J. MESEGUER YEBRA, 2005, La competencia administrativa y sus modulaciones). En cambio, la función sería la fracción que corresponde a cada puesto de trabajo respecto a la competencia atribuida al órgano en que está integrado (CAMPOS ACUÑA, M^a C. Comentarios a la Ley 40/2015..., 2017, ver pág. 60).



La «competencia orgánica» puede, conforme al anterior extremo, citado, definirse conjunto de atribuciones que corresponden a un determinado órgano o, en un sentido inverso, como los asuntos en que dicho órgano debe intervenir, ordinariamente, con exclusión de los restantes.

Así, cabe concluir, sencillamente, con L. COSCULLUELA MONTANER⁹, que:

«El órgano administrativo se suele definir como la Unidad básica diferenciada de la estructura organizativa, que está integrada por un titular, un conjunto de funciones [o competencia] y unos medios materiales para su ejercicio [o presupuesto].»

La LRJSP acoge, en dichos términos, una concepción «clásica» del órgano administrativo –casi restrictiva- ya que solo reconoce dicha condición (ex artículo 5.1) a:

«Las unidades administrativas a las que se atribuyen funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.»

La creación de cualquier órgano exigirá, añade el precepto en su apartado 3º, del cumplimiento, al menos, de los siguientes tres requisitos:

- a) Determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate, y su dependencia jerárquica,
- b) Delimitación de sus funciones y competencias, y
- c) Dotación de los créditos presupuestarios necesarios para su puesta en marcha y/o funcionamiento.

⁹ Manual de Derecho Administrativo (1998), págs. 173 - 174

El órgano administrativo resultará, por consecuencia, una realidad en que confluirán dichos elementos, a saber: dependencia, jerarquía, competencia y medios materiales y económicos de actuación (presupuesto). Y, de no confluir, nos situaremos ante meras unidades administrativas y no ante órganos. Por su parte, cabrá distinguir, de acuerdo a su competencia, entre órganos activos, que manifiestan y ejecutan la voluntad de la Administración; deliberantes, que forman la voluntad administrativa pero no la emiten ni ejecutan; consultivos, cuya función consiste en emitir, a petición de otros órganos, informes y/o dictámenes –de acuerdo a criterios técnicos, expertos o jurídicos-; y de control, que enjuician y fiscalizan la actuación de otros órganos desde una perspectiva de legalidad, eficiencia, eficacia y/o de oportunidad.

Una diferencia con la normativa previa a la LRJSP la encontramos en el apartado 4º del artículo 5 relacionado; que a la exigencia de que no puedan crearse nuevos órganos que supongan «duplicación de otros ya existentes, si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos» añade, para mayor garantía, que «la creación de un nuevo órgano, sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población» no conteniendo, por esta parte, el precepto, de mayor precisión sobre cómo debe realizarse esa comprobación, dado su carácter básico.

Bajo dicho concepto –trazado por la LRJSP- y desde un punto de vista estructural, los órganos administrativos pueden clasificarse en unipersonales y colegiados,



dependiendo la opción por una u otra figura jurídica, del ámbito material de actividad, pero también de la opción por la Administración Pública en que aquél se constituya.

Son órganos administrativos unipersonales, aquellos en que su titular es una persona física, respondiendo, por tanto, a un modelo de organización vertical (una Dirección General, por ejemplo, en un Departamento Ministerial o en una Consejería autonómica).

Por el contrario, resultarán colegiados aquellos en que la titularidad queda confiada a un conjunto de personas físicas que concurren a la formación de la voluntad del órgano. Así, el modelo colegial («collegium»), quiere responder a una formación horizontal de los actos y a la concurrencia de voluntades, buscando la ponderación de puntos de vista entre los miembros del órgano administrativo.

Los órganos colegiados quedarán integrados, así, en la Administración que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones (competencia) o de la propia naturaleza del órgano.

La noción se matiza por algún autor, que incorpora ciertas precisiones sobre el modo de formación de la voluntad colegiada:

J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS define este tipo de órganos como: «aquellos integrados por personas físicas, por sí o como órganos de otros entes, los cuales manifiestan su voluntad, que viene a constituir la del

órgano colegial.¹⁰» Por su parte, F. GONZÁLEZ NAVARRO, como aquéllos cuyo titular es un «colegio», es decir, la suma de personas físicas cuyas distintas voluntades se fusionan en una superior, que es la llamada «voluntad colegial.¹¹» L. MURILLO DE LA CUEVA afirma, en fin, que son colegiados aquellos órganos que están compuestos por varios miembros y forman su voluntad con el concurso de todos ellos, en pie de igualdad; luego a contrario sensu no lo serían los integrados por varios miembros en que sólo uno de ellos decide¹². Este matiz conecta, para E. CARBONELL PORRAS (1999), con la importante distinción entre la colegialidad perfecta y la imperfecta, y su aplicación a los órganos colegiados de Gobierno –o de naturaleza política–¹³.

De estos datos, en cualquier caso, deriva un peculiar régimen jurídico, pues si en los unipersonales la voluntad administrativa es la manifestada por su único titular, en los órganos colegiados –siempre y sólo– debe seguirse

¹⁰ Principios jurídicos de la organización administrativa (1957) pág. 244 y Tratado de Derecho Administrativo, pág. 469 (1967.)

¹¹ Órganos colegiados en la Ley de procedimiento administrativo (1962) y Derecho Administrativo español, tomo II, pág. 304 (1994).

¹² Órganos de las Administraciones Públicas (artículos 11 a 29), pág. 258, en Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), Barcelona (1993)

¹³ CARBONELL PORRAS, E. (1999) Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos. CEPC _ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ed. BOE.



un procedimiento con término en alcanzar la voluntad colegiada.

En tal sentido, y conviene hacer este inciso, los grupos de trabajo no son órganos colegiados, no obedecen a su naturaleza, por tanto; y ni siquiera órganos administrativos, pues carecen de concreta atribución competencial en las normas de organización, que no prevén su intervención en el curso de un procedimiento administrativo, ni tan siquiera emitiendo actos de trámite. Su actividad, en efecto, carece de cualquier relevancia jurídica que no sea la de servir de apoyo y/o de fundamento a otros actos, bien de trámite, bien resolutorios de los órganos, ahora sí, a los que el ordenamiento jurídico prevé competencia. En estos supuestos, lo que se produce es una actividad conjunta –de despacho y/o trabajo– de varias personas físicas, pero no constituyendo, por sí, esta circunstancia, evidentemente, órgano administrativo ni, en puridad, «collegium.»

De la diferente tipología de órganos colegiados pueden señalarse, a modo de mejor ejemplo y precisamente por su existencia en el común de las Administraciones Públicas con independencia de su ámbito territorial, a saber: las Mesas de contratación pública, los Jurados de expropiación forzosa, los Claustros universitarios de profesores, Comisiones jurídicas asesoras, las Juntas superiores de hacienda y Tribunales económico-administrativos, o los Órganos de selección de personal, entre los que cabe hacer cita, a modo de ejemplo más que característico, de los conocidos –por temidos– Tribunales de oposiciones. Por su parte, cabe citar, los órganos consultivos virtud a lo previsto por el artículo 7 de la LRJSP actuarán para cumplir con las garantías de su actividad no sometida a dependencia jerárquica (ni orgánica, ni funcional, no pudiendo recibir instrucciones

ni directrices o cualquier clase de indicación), de forma colegiada.

Apuntalar, de manera sumaria, que el ejercicio de la función consultiva se caracteriza, a dicho efecto, como ha señalado A. J. SÁNCHEZ NAVARRO¹⁴, por tres elementos: el subjetivo, que no le dota de poder o potestas sino, más acertadamente, de auctoritas, lo que garantiza su independencia y su capacidad de influencia; el institucional, que asegura su autonomía orgánica y/o funcional; y el objetivo, que comporta un asesoramiento basado en Derecho. Como ha afirmado también M. SANCHEZ MORÓN, dictámenes tales como los del Consejo de Estado, si bien no vinculantes, sí constituyen introducción en el procedimiento administrativo de una garantía de objetividad, la cual se ve reformada por la auctoritas en sus opiniones¹⁵. Este extremo lleva a localizar, así, con base en la función consultiva, cierta clase de órganos colegiados, denominada «de expertos.» A modo de somero ejemplo de este último extremo, citar la Ley 7/2015 de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que, por su parte, atribuyó el ejercicio de la función consultiva a la vigente Comisión Jurídica Asesora a la que calificó de «órgano colegiado superior consultivo de la Comunidad de Madrid¹⁶.»

¹⁴ La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004. RAP núm. 169 (2006)

¹⁵ El control de las Administraciones Públicas y sus problemas (1991)

¹⁶ «BOCM» núm. 309, de 29 de diciembre de 2015; «BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2016



2. Órganos colegiados en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público: referencia a los órganos de Gobierno

Como la pretérita ley del año 1958, de Procedimiento Administrativo, y la posterior 30/1992, de 26 de noviembre, la vigente LRJSP contiene reglas sobre órganos colegiados «sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran», disociando el legislador, por un lado, una regulación básica: artículos 15 a 18, aplicable a los órganos colegiados de todas las entidades que integran el Sector Público (conforme el art.2 de la propia ley, ya citado) y, por otro, mayor detalle de organización y funcionamiento de los de ámbito del Estado: artículos 19 a 22 del mencionado texto legal.

La regulación de los órganos colegiados se halla recogida en la Sección 3 «Órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas», del Capítulo II «De los órganos de las Administraciones Públicas», del Título I «Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público», de la LRJSP; siguiéndose el esquema dual del legislador, de dividir en dos normas la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC); atribuyendo a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), la regulación de las relaciones ad extra y a la LRJSP la regulación de las relaciones ad intra¹⁷.

¹⁷ CAMPOS ACUÑA, M^a. C. Comentarios a la Ley 40/2015... (2017), pág. 88: Esta técnica [ad extra y ad intra] no fue, sin embargo, la prevista inicialmente por el legislador, que en fase de anteproyecto separaba la regulación de la organización y funcionamiento de los órganos colegiados conforme al

Se acoge, de dicho modo, la posición manifestada por el TC (Tribunal Constitucional), en Sentencia 50/1999, de 6 de abril¹⁸, declarando contrarios al orden constitucional de competencias algunos artículos de la hoy derogada LRJPAC, por carecer éstos de carácter básico. Además, como es ya tradicional en Derecho español, y objeto específico de este estudio, la regulación de los órganos colegiados administrativos es diferente de la aplicable a los órganos colegiados de Gobierno.

En efecto, el principio científico de la división del trabajo, ha desglosado el Derecho administrativo del Derecho político y la CE recoge, en su Título IV, determinados

desdoblamiento realizado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC).

De tal modo, el anteproyecto de LPAC contenía las normas de carácter básico y el anteproyecto de LRJSP la regulación específica de los órganos colegiados de la AGE, siguiendo pauta del ordenamiento anterior, conforme a la cual la normativa básica venía regulada en los arts. 22 a 29 LRJPAC, dejando a la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (conocida por LOFAGE) la regulación de los órganos colegiados integrados en la AGE, así como su creación, modificación y supresión. Sin embargo, en su dictamen a sendos anteproyectos, el Consejo de Estado apostaba por una regulación conjunta en la LRJSP, solución que, como vemos, fue acogida positivamente por el legislador (Dictamen núm. 275/2015).

¹⁸ STC dictada en recursos acumulados de inconstitucionalidad 521/1993 y 547/1993, promovidos, respectivamente, por la Junta de Castilla y León y por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña contra determinados preceptos de la LRJPAC.



principios que inspiran la actuación administrativa, garantizan el sometimiento pleno de su actividad a la Ley y el Derecho, y configuran al Gobierno como el órgano eminentemente político que dirige la Administración Pública y ejerce la potestad reglamentaria.

El ordenamiento que tuvo origen en el régimen autocrático precedente, venía reduciendo el papel del Gobierno al órgano superior en que culminaba la Administración del Estado, quedando éste, como consecuencia, concebido mero apéndice –o prolongación- de la misma, con la que compartiría, en muy buena medida, una naturaleza administrativa. El artículo 97 de la CE de 1978, deshace esta concepción y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar, inspirada por el principio de legitimidad democrática, manteniendo, por su parte, a la Administración Pública bajo inspiración de un principio y legitimidad distintos: el de servicio, con objetividad, a los intereses generales (art. 103 del texto constitucional).

Se perfilan, así, con nitidez, los rasgos propios que definen a Gobierno y a Administración como instituciones constitucionalmente diferenciadas, y establece la subordinación de la Administración Pública a la acción política de dirección del Gobierno. Se conserva, también, como texto independiente la Ley del Gobierno (LG.) que, por regular de forma específica la cabeza del poder ejecutivo, con naturaleza y funciones eminentemente políticas, debe mantenerse separada de la norma reguladora de la Administración, dirigida por aquel, hacia el servicio con objetividad al interés general (ex art. 103 de la CE, ante citado).

De acuerdo con este criterio, la LRJSP modificó la LG, con el objeto de extraer aquellas materias que, por ser más propias de la organización y funciones de los miembros

del Gobierno, en cuanto órganos administrativos, deben preverse desde la norma reguladora de la Administración. El propósito último del conjunto, será proveer de una regulación de los órganos colegiados administrativos diferente de la aplicable a los órganos colegiados «de Gobierno.»

Así, si bien la CE reconoce, efectivamente, protagonismo colegiado del Consejo de Ministros, reserva al Presidente del Gobierno el nombramiento y cese de los Ministros y Vicepresidentes y, por extensión, la dirección de la acción gubernamental y la coordinación de sus miembros (ex arts. 98 y 100).

Siguiendo a J. VALERO TORRIJOS¹⁹, la primacía presidencial sobre el resto de los integrantes del Gobierno se justifica, en gran medida, a partir del concreto modelo parlamentario constitucionalizado, en que únicamente se conciben instrumentos efectivos para exigencia de la máxima responsabilidad política, esto es, su cese mediante moción de censura, respecto del Presidente, mientras que para el caso de los Ministros las consecuencias del control parlamentario no pueden llegar más allá de la mera reprobación prevista al art. 111 de la CE, por cuanto la decisión sobre el cese o continuidad del/la Ministro/a al frente de su Departamento corresponde, en exclusiva, al Presidente. Este último recibe, así, directa y personalmente, y en efecto, la confianza política del Parlamento, con antelación incluso a la determinación del Equipo Ministerial, de ahí que no pueda hablarse de una

¹⁹ VALERO TORRIJOS, J. (2002) Los órganos colegiados... INAP, págs. 356 - 358



auténtica y/o efectiva dirección «colegiada» del ejecutivo, dada la primacía institucional que corresponde al Presidente.

En definitiva, la colegialidad propia de los órganos gubernamentales encargados de la dirección del Poder Ejecutivo (Consejo de Ministros y Consejos de Gobierno de las CCAA) así como, en general, de los órganos pluripersonales de apoyo de aquellos –Comisiones Delegadas-, presenta, por consecuencia, unas características singulares por lo que refiere a su intensa dependencia, estructural y funcional, de la máxima autoridad unipersonal: el Presidente del Gobierno o de la Comunidad Autónoma, por lo que puede concluirse, con hace A. BAR CENDÓN²⁰, que la «colegialidad gubernamental» se encuentra debilitada, tanto jurídica cuanto políticamente.

La peculiaridad, por efecto, determina, que la formación de la voluntad gubernamental se encuentre excluida del régimen jurídico general establecido para los órganos colegiados, de forma que el alcance efectivo de las previsiones legislativas existentes en algunas Comunidades Autónomas sobre adopción de acuerdos mediante votación por parte de los respectivos Consejos de Gobierno, deba ser interpretado atendiendo a la peculiar configuración de la colegialidad gubernamental. En relación con la citada orientación presidencialista en los ejecutivos autonómicos, en detrimento del órgano colegiado, puede leerse a M. BASSOLS COMA, en la obra «Los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas: Presidencia y Consejo de Gobierno»,

²⁰ La estructura y funcionamiento del Gobierno en España: una aproximación analítica, en la obra colectiva: El Gobierno en la Constitución Española y los Estatutos de Autonomía, Diputación de Barcelona, Barcelona (1985), págs. 47 y sig.

Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 40 - 41, (1984, pág. 97 y siguientes).

Sin embargo, como resalta E. ARGULLOL MURGADAS²¹, en relación al Consejo de Gobierno autonómico, esta perspectiva no puede hacer olvidar que las prescripciones constitucionales reservan a favor del órgano colegiado la titularidad del Poder Ejecutivo y, como consecuencia, de las principales competencias gubernamentales, por lo que el poder de dirección del Presidente debe ejercerse a través de aquél salvo las funciones que tenga reservadas en tanto que órgano unipersonal, valoración que debe igualmente extenderse al Consejo de Ministros.

La vigente LRJSP asume, sin embargo, la distinción, y en su disposición adicional vigesimoprimera establece que: «las disposiciones previstas en esta ley, relativas a los órganos colegiados, no serán de aplicación a los órganos colegiados de gobierno de la Nación, los órganos colegiados de gobierno de las Comunidades Autónomas y los órganos colegiados de gobierno de las Entidades locales», sin dejar, por lo tanto y no obstante, de considerar a éstos de carácter colegiado (collegium)²².

²¹ ARGULLOL MURGADAS, E. (1983) Gobierno y Administración de las Comunidades Autónomas. Referencia al Estatuto de Castilla y León. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 7, pág. 49.

²² Así, por ejemplo, el artículo 22 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, establece en su apartado 1º que el Gobierno de la Comunidad de Madrid, es el órgano colegiado que dirige la política de la Comunidad de Madrid, correspondiéndole las funciones, ejecutivas y administrativas,



Atendiendo a la disposición final decimocuarta de la LRJSP la adicional vigésimo primera, resultará básica. Esta disposición, en la LRJSP, tiene claro antecedente en la homóloga disposición adicional primera de la previa LRJPAC. De acuerdo a esta última, las estipulaciones del Capítulo II del Título II [...] no serán de aplicación al Pleno y, en su caso, a la Comisión de Gobierno de las Entidades Locales, a los órganos colegiados del gobierno de la Nación y a los órganos de gobierno de las CC.AA. Por ello, a pesar de la cierta distinta redacción, el objetivo resulta el mismo: hacer diferencia del régimen de los órganos colegiados «ordinarios», del aplicable a los órganos de gobierno²³.

Como reconoce la exposición de motivos, a su vez, de la LG, además del principio departamental, el funcionamiento del Gobierno queda presidido por los de colegialidad y, más concretamente, de dirección presidencial, que deduce, indudable, que los «órganos colegiados de Gobierno» difieren en el proceso de toma de decisiones. Debe tenerse en cuenta que, incluso en la hipótesis de que en alguna ocasión se vote y cada miembro (de Gobierno) manifieste su opinión individual, el resultado será jurídicamente irrelevante, pues el Presidente (del Gobierno) puede decidir lo contrario de lo defendido por la mayoría.

Así, en dicho sentido, cuando trata sobre la distinción entre colegialidad perfecta e «imperfecta», E.

así como el ejercicio de la potestad reglamentaria en materias no reservadas en este Estatuto a la Asamblea.

²³ En mismo sentido, CAMPOS ACUÑA, M^a C. Comentarios... (2017) pág. 706

CARBONELL²⁴ señala que el funcionamiento de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas responde, con un carácter general, a reglas similares. No obstante, algunas leyes autonómicas incorporan previsiones que parecen aproximarlos a los órganos colegiados «comunes», también en el proceso de adopción de decisiones: regulan ciertas votaciones, prevén voto de calidad de su Presidente e, incluso, admiten que los miembros «disidentes» manifiesten opinión en contra de un acuerdo alcanzado. La Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, por buen ejemplo, permite (ex su artículo 25.3) que, a petición de cualquiera de los miembros del Consejo de Gobierno, consten en Acta las manifestaciones que estimen oportunas.

En atención al grado de participación de los miembros en la formación de la voluntad administrativa, la doctrina diferencia –por tanto- la colegialidad «imperfecta» de la «perfecta.» Siguiendo de nuevo a E. CARBONELL PORRAS, en los órganos perfectos o «comunes», rige el principio mayoritario y todos sus miembros contribuyen a la voluntad colegiada mediante correspondiente votación. Ex art. 17.5 de la vigente LRJSP, los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos.

En los imperfectos, también denominados «deliberantes», o colegiados monocráticos, no se produce, sin embargo, una votación para determinar la

²⁴ CARBONELL PORRAS, E. Los órganos colegiados... (1999) págs. 35 – 36



voluntad mayoritaria pues, aunque se delibera y discute, sólo decide uno de sus miembros.

En este caso, se cuestiona si son (realmente) órganos colegiados, duda que afecta –fundamentalmente- a los órganos de gobierno político, cuestión objeto de análisis a este breve estudio.

La dominación presidencial sobre el órgano colegiado que dirige, en efecto constituye una consecuencia de la configuración institucional del poder ejecutivo que consagran tanto la CE (1978), como los vigentes Estatutos de Autonomía, dado que las funciones atribuidas al Consejo de Ministros o a los Consejos de Gobierno de las CC.AA., deben enmarcarse en las facultades de dirección y coordinación que corresponden al Presidente, sin que, en ningún caso, pueda entenderse que los Ministros y los Consejeros son meros agentes –ejecutivos- de las decisiones presidenciales sino auténticos responsables de los cometidos que específicamente les correspondan²⁵.

Esta primacía constituye, en definitiva, reflejo de la confianza política que ha recibido, personalmente, el Presidente, en sede parlamentaria, de manera que los integrantes del respectivo Consejo no sólo deben someterse a las directrices que, individualmente, puedan recibir de aquél, sino que, sobre todo, en su nombramiento y cese, dependen exclusivamente de la voluntad presidencial, circunstancia que puede resultar determinante de una actitud sumisa a los criterios de quien dirige la acción del Gobierno²⁶. En la opinión de S. FERNÁNDEZ RAMOS, este principio característico de

²⁵ VALERO TORRIJOS, J. (2002) Los órganos colegiados..., pág. 639

²⁶ VALERO TORRIJOS, J. (2002) ob. Cit., págs. 639 y sig.

los órganos gubernamentales se justifica tanto por la dependencia presidencial de los miembros, cuanto por la necesidad de garantizar la unidad y «cohesión» en el ejercicio de la función de dirección política²⁷.

Una solución idéntica debería aplicar, añade J. VALERO TORRIJOS (ob. Cit., 2002, pág. 639), en relación con cierto tipo de órganos de coordinación interna en el seno de una misma Administración Pública que, con base a sus funciones esencialmente políticas y a la posición prevalente que ocupa uno de sus miembros sobre el resto, no pueden entenderse sometidos al régimen general establecido por la LRJSP para la formación colegiada de la voluntad, afirmación que resulta reforzada, si se me permite, en aquellos supuestos en que el nombramiento y remoción de los miembros del órgano constituya una competencia exclusiva del Presidente.

Uno de los casos más expresivos de esta categoría, continúa el citado autor, viene ejemplificado por la Comisión Territorial de Asistencia al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas (art. 79 de la LRJSP), órgano que en ningún caso puede conceptuarse de gubernativo pero que, sin embargo, debe entenderse excluido de la normativa básica sobre los órganos colegiados en la medida que le corresponde, fundamentalmente, una clara labor de asistencia inmediata a una instancia esencialmente política como es el Delegado del Gobierno, quien además puede

²⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S. (1997) El derecho de acceso a los documentos administrativos, Marcial Pons, Madrid, pág. 602.



condicionar, decisivamente, opiniones de los Subdelegados presentes en la Comisión al depender, en su nombramiento y cese, de la exclusiva voluntad de aquél. Así, la naturaleza de esta Comisión viene determinada, en gran medida, por las funciones políticas que tiene encomendadas el Delegado del Gobierno quien, por otro lado, dispone reconocida a su favor la libre designación de los Subdelegados de las Provincias integradas en su ámbito territorial, con el único límite de su condición funcional superior (Grupo A, Subgrupo A1)²⁸.

Una interpretación –literal- de la disposición adicional vigesimoprimera impediría, en puridad, extender la exclusión del régimen general en relación a cualquier otro órgano de apoyo a la estructura de Gobierno que no pueda considerarse estrictamente incluido en ella, situación en que se encontraría, por ejemplo, la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, u órgano autonómico asimilado. Sin embargo, el funcionamiento interno de esta Comisión no puede resultar equiparado al de un simple órgano colegiado administrativo, no sólo porque realiza, conforme añade J. VALERO TORRIJOS, una función preparatoria y/o de asistencia al Consejo de Ministros sino, y ante todo, en la medida de que no existen votaciones al término de las discusiones que tienen lugar en su seno, de manera que cuando su Presidente «considera que un asunto está suficientemente debatido, resume el contenido de la discusión en el sentido de constatar la existencia, o no, de unanimidad o sensible mayoría, en favor de la aprobación de la propuesta.²⁹» Singularidad que

²⁸ VALERO TORRIJOS, J. (2002) ob. Cit., pág. 413 (ver nota 40)

²⁹ VALERO TORRIJOS, J. (2002) Los órganos..., págs. 412 – 413

justifica que deba extenderse la exclusión del régimen jurídico general a la pre-citada Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, así como a los órganos autonómicos equivalentes (en la Comunidad de Madrid, la Comisión General de Viceconsejeros y Secretarios Generales Técnicos, por ejemplo)³⁰.

3. Conclusión: el principio de colegialidad gubernamental

En la opinión de F. DELGADO PIQUERAS³¹, en fin, resulta patente, para concluir la cuestión, que:

«La naturaleza política del Gobierno y la propia función de gobernar exigen un modo de actuación ágil, continuo y preferentemente informal, sin perjuicio de que suelen dotarse de algunas reglas internas de funcionamiento no juridificadas.»

La vigente LG establece algunas reglas respecto del funcionamiento del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno, en efecto.

Corresponde al Presidente convocar, presidir y fijar el orden del día de las sesiones del Consejo de Ministros, ex artículos 2.a) y 18.1 y .3 de la LG.

³⁰ En el mismo sentido, VALERO TORRIJOS, J. ob. Cit., 2002, pág. 413, y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (1988) pág. 1022

³¹ DELGADO PIQUERAS, F. Algunas aportaciones de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 85 (1995) pág. 43



El Secretario de Gobierno (o del Consejo), integrado en el Ministerio con competencia en materia de Presidencia, es el órgano de apoyo que asume la asistencia al llamado Ministro-Secretario, la remisión de las convocatorias a los miembros y el archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y Actas de las reuniones (art. 9); en definitiva, del expediente administrativo de cada sesión del órgano.

Sin embargo, no existe previsión general alguna sobre la formación de la voluntad colegiada, pues –como se ha pretendido deducir- el Consejo de Ministros delibera y/o discute, pero las decisiones se adoptan, siempre y solo, por el Presidente, y no mediante votación, aunque parte de la doctrina haya cuestionado, en alguna ocasión, dicho extremo, de inercia «presidencialista», máxime votaciones exigidas por la diferente legislación (autonómica) para los acuerdos adoptados por los respectivos Consejos de Gobierno, las que tienen, entiendo, no obstante, una virtualidad puramente interna, que se justifica por la necesidad de organizar mínimamente su funcionamiento y determinar cuál es la opinión mayoritaria entre sus componentes, alcanzando sentido cuando el Presidente encuentre debilitada su primacía institucional, al tratarse de un Gobierno de coalición –no tan ajeno en nuestros momentos- o sustentado por una partido único con diversas corrientes internas representadas en el órgano colegiado³². En

³² Ver SANTAMARÍA PASTOR, J.A. en Fundamentos de Derecho Administrativo, vol. I, CEURA, Madrid (1988), págs. 1016 y 1017, autor que señala que: ante estas situaciones, el órgano colegiado gubernamental debería adoptar criterios flexibles basados en la confianza sin llegar, por ello, a administrativizarse. VALERO TORRIJOS, J. (2002), en Los órganos colegiados... INAP, pág. 641, cita la obra.

tales casos, y al no disponer del mismo margen para solventar divergencias sustanciales, cesando a los miembros disidentes, las votaciones formales para establecer el criterio común del Gobierno alcanzarán la mayor relevancia como buen instrumento para solucionar las discrepancias políticas internas³³.

Por su parte, J. A. SANTAMARÍA PASTOR³⁴ recuerda el modelo alemán, en el que, conforme el principio de gabinete o colegial: «las decisiones que trascienden la competencia, el interés o la responsabilidad de un Departamento, deberían ser adoptadas colectivamente y con arreglo a la técnica de las mayorías, en el seno del Gobierno.»

También, J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS³⁵ considera que las materias eminentemente jurídicas, como la resolución de conflictos de atribuciones o de recursos de súplica, deberían someterse siempre a la pertinente votación.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta –como regla general– que, incluso en la hipótesis de que en alguna ocasión se vote y cada miembro del Consejo de Gobierno manifieste su opinión individual, el resultado será jurídicamente irrelevante, pues el Presidente puede decidir lo contrario de lo defendido por la mayoría virtud del citado principio de dirección presidencial. En todo lugar, sin embargo, los miembros quedan plenamente

³³ VALERO TORRIJOS, J. (2002) Los órganos..., págs. 641 y sig.

³⁴ Ver ob. Fundamentos de Derecho Administrativo, ob. Cit. (1988)

³⁵ Ver ob. Tratado de Derecho Administrativo (1973)



vinculados por los acuerdos del Consejo, sin que puedan reflejar en el Acta su opinión en contra o exteriorizar su discrepancia de forma distinta a la de la dimisión³⁶; con carácter general, repito.

En contra del criterio, R. PARADA VÁZQUEZ sostiene que los miembros sí pueden votar en contra y salvar, así, su responsabilidad jurídica, aunque: «a seguidas, el Presidente destituya –o pueda destituir- si le place, a los disidentes³⁷.» Corresponde al Rey de España, nos recuerda el artículo 62 de la CE, nombrar y separar a los miembros del Gobierno, siempre a propuesta de su Presidente. El resultado de la votación y posible discrepancia quedarían, concluimos, en cualquier caso, en el plano interno o, en su caso, si se quiere, en el plano político, pero tal y como se encuentra regulado, no excluiría de la responsabilidad.

Estas peculiaridades explican que la doctrina se cuestione la naturaleza «colegiada», propiamente, de los órganos de Gobierno y se subraye que rija una combinación de los principios colegial y monocrático, a aquellos.

A propósito del Consejo de Ministros, L. M. DIEZ PICAZO³⁸ señalaba que la «colegialidad», como criterio de organización, no puede ser:

«Toscamente identificada con la mera pluri-personalidad, pues exige más: que los miembros se hallen en una posición tendencialmente paritaria que les

³⁶ CARBONELL PORRAS, E. (1999) ob. Cit., pág. 37

³⁷ Derecho Administrativo. II Organización y empleo público (1996) págs. 88 – 89

³⁸ La estructura del Gobierno en el Derecho español. DA., Núm. 215, (1988) pág. 60

permita satisfacer el objetivo perseguido al implantar una estructura colegial, es decir, que la voluntad del órgano no tenga un origen monocrático, sino que se forme a partir de la deliberación y de la opinión mayoritaria.»

Otros autores señalan que «deliberar», es igual a discutir un asunto en una junta o asamblea³⁹. Pero, si me lo permiten, entiendo: sin mayor matiz arrogado que meramente aquél que se cita.

Los matices, en efecto, a la naturaleza colegiada de los órganos de Gobierno, tienen en cuenta el proceso para la formación de la voluntad y la irrelevancia externa de las discrepancias posibles, que es consecuencia de la doble naturaleza –jurídica y político administrativa- que los caracteriza.

Como resulta sabido, los órganos de Gobierno participan de una doble naturaleza –de órgano constitucional o estatutario y órgano administrativo, o cabeza de Departamento Ministerial- que también se proyecta sobre sus funciones –políticas y administrativas-. Pero, desde el concepto inicialmente sostenido, los órganos de Gobierno de la Nación y de las Comunidades Autónomas resultan ser colegiados, porque su titularidad corresponde a una pluralidad de sujetos («pluri-subjetividad»), y la decisión se imputa al órgano colegiado, en su conjunto, y no a su Presidente.

³⁹ GUAITA, A. El Consejo de Ministros (1967) págs. 61 – 62. También, MORELL OCAÑA, L. Derecho de la organización administrativa, (1988) pág. 77, y GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid (1967) págs. 533 – 534



Como todos los órganos colegiados, responden, por tanto, a principios generales propios y comunes a cualquier «collegium» (convocatoria de los miembros, actos orales, documentación pública por escrito, etc.), aunque son atípicos⁴⁰ por cuanto a formación de la voluntad administrativa. Precisamente porque se consideran órganos colegiados, el legislador los excluyó del ámbito de aplicación de la LRJSP, ex disposición adicional vigesimoprimera.

Sin embargo, se acepta que el concepto de órgano colegiado quede delimitado por la contraposición con el unipersonal, aunque los colegiados de Gobierno no se rijan, tal y como se ha expuesto, por lo dispuesto con carácter general para lo demás de rango administrativo.

CONSULTAS:

ARGULLOL MURGADAS, E. (1983) Gobierno y Administración de las Comunidades Autónomas. Referencia al Estatuto de Castilla y León. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 7.

BAR CENDÓN, A. (1985) La estructura y funcionamiento del Gobierno en España: una aproximación analítica, en la obra colectiva: El Gobierno en la Constitución Española y los Estatutos de Autonomía, Diputación de Barcelona, Barcelona.

BASSOLS COMA, M. (1984) Los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas: Presidencia y Consejo de Gobierno. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 40-41.

⁴⁰ CARBONELL PORRAS, E. Los órganos colegiados... (1999) pág. 38

CAMPOS ACUÑA, Ma. C. (2017) Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. Ed. Wolters Kluwer, LA LEY.

CARBONELL PORRAS, E. (1999) Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos. CEPC _ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ed. BOE.

COSCULLUELA MONTANER, L. (1998) Manual de Derecho Administrativo, Cívitas, Madrid.

DELGADO PIQUERAS, F. (1995) Algunas aportaciones de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 85.

DÍEZ PICAZO, L. M. (1988) La estructura del Gobierno en el Derecho español. D.A., Núm. 215.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (1997) El derecho de acceso a los documentos administrativos, Marcial Pons, Madrid.

GIERKE, O. V. (1880) Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien.

GARCÍA MARÍN, J. M. (1987) El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1957) Principios jurídicos de la organización administrativa. Instituto de Estudios Políticos. IEP, Madrid.

Tratado de Derecho Administrativo. Madrid (Ed. 1967 y 1973)



GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1962) Órganos colegiados en la Ley de Procedimiento Administrativo, DA. Núm. 55.

Derecho administrativo español. EUNSA, Pamplona. Tomo II (1994)

GUAITA, A. (1967) El Consejo de Ministros.

JIMÉNEZ VACAS, J. J. Órganos colegiados de las distintas Administraciones públicas, en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Revista Auditoría Pública nº 72 (2018), ASOCEX. Págs. 107 – 114.

<https://asocex.es/wp-content/uploads/2018/12/Revista-Auditoria-Publica-n%C2%BA-72-pag-107-a-114.pdf>

Reglas esenciales para la formación de la voluntad de las mesas de contratación pública, como órganos colegiados. Opinión & Análisis. Observatorio de Contratación Pública. Ministerio de Economía y Empresa _ Gobierno de España (2020)

<http://www.obcp.es/opiniones/reglas-esenciales-para-la-formacion-de-la-voluntad-de-las-mesas-de-contratacion-publica>

El principio de actuación ética de los miembros de órganos colegiados de selección de personal de las Administraciones Públicas. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid (2020)

<http://www.madrid.org/revistajuridica/attachments/article/145/Etica%20Organos%20Seleccion%20JJ%20Jime nez%20Vacas.pdf>

INAP. Estudios y comentarios (05/05/2020):

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1510574>

MARTÍN MATEO, R. (1999) Manual de Derecho Administrativo, 20.^a ed., Trivium, Madrid.

MESEGUER YEBRA, J. (2005) La competencia administrativa y sus modulaciones. Boch, Barcelona.

MORELL OCAÑA, L. (1988) Derecho de la organización administrativa.

MURILLO DE LA CUEVA, L. (1993) Administraciones Públicas y Ciudadanos (estudio sistemático de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común). Barcelona.

PARADA VÁZQUEZ, R. (1996) Derecho Administrativo. II Organización y empleo público.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2016) Derecho administrativo. Parte general, Tecnos. Madrid.
El control de las Administraciones Públicas y sus problemas (1991)

SÁNCHEZ NAVARRO, A. J. (2006) La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004. RAP núm. 169.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988) Fundamentos de Derecho Administrativo, vol. I, CEURA, Madrid.

VALERO TORRIJOS, J. (2002) Los órganos colegiados. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).



SIGLAS, ACRÓNIMOS

AGE.	Administración General de Estado
Apdo.	Apartado
Art.	Artículo
BOCM.	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE.	Boletín Oficial del Estado
CCAA.	Comunidades Autónomas
CC.LL.	Corporaciones Locales
CE.	Constitución Española
CEPC.	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Cit.	Cita
DA.	Documentación Administrativa (revista)
Ed.	Edición
IEP.	Instituto de Estudios Políticos
INAP.	Instituto Nacional de Administración Pública
LG.	Ley del Gobierno
LOFAGE.	Ley de Organización y Funcionamiento de la AGE.
LPAC.	Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJPAC.	Ley 30/1992, de 26 de noviembre (derogada)
LRJSP.	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
Núm.	Número
Ob.	Obra
Pág.	Página
RAP.	Revista de Administración Pública
Sig.	Siguientes
TC.	Tribunal Constitucional

ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL: CUESTIONES PROCEDIMENTALES Y PROCESALES

D^a Cecilia Alvarez Losa

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

D. Juan José González López

Doctor en Derecho. Letrado del Ayuntamiento de
Burgos. Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha (en situación de
servicio en otras Administraciones Públicas) y Letrado
de la Comunidad de Madrid (en excedencia por
incompatibilidad).

Resumen: El objeto del presente artículo es analizar las cuestiones procedimentales y procesales más relevantes, a nuestro juicio, que pueden plantearse en relación con el acoso laboral en el ámbito del empleo público. Para ello prestaremos especial atención a los protocolos de actuación frente al acoso laboral que, siguiendo las recomendaciones formuladas en el ámbito internacional y europeo, se han ido adoptando en nuestro país por las distintas Administraciones Públicas, así como a la responsabilidad de éstas ante las situaciones de acoso en las que se puede hallar el



personal a su servicio y las vías existentes en nuestro ordenamiento jurídico para exigirla.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the main procedural issues, in our opinion, related to mobbing in Spanish public Administration. To that end we are focusing on protocols of action against work harrasment that have been implemented by Spanish public Administrations, following recommendations made by international and European institutions, as well as on the responsibility the former face when mobbing is suffered by their workers and the administrative and legal means public employees could use in order to demand it.

Palabras clave: Acoso laboral. Mobbing. Acoso moral. Acoso psicológico en el trabajo. Prevención de riesgos laborales. Protocolo de actuación frente al acoso laboral. Responsabilidad empresarial. Responsabilidad patrimonial de la Administración.

Key words: Mobbing. Work harrasment. Labour risk prevention. Protocol of action against work harassment. Corporative liability. Administrative liability.

Sumario: 1. Aproximación a las vías de reacción contra el acoso laboral. 2. Protocolos de actuación frente al acoso laboral. 2.1. Origen y fundamento. 2.2. Naturaleza. 2.3. Finalidad y ámbito de aplicación. 2.4. Procedimiento de actuación. 2.5. Valoración del papel de los protocolos. 3. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. 3.1. Marco y alcance de la responsabilidad patrimonial en supuestos de acoso laboral. 3.2. Delimitación de los interesados. 3.3. Insuficiencia de la responsabilidad desde la óptica del acosado.

1. Aproximación a las vías de reacción contra el acoso laboral.

Dado que el propósito del presente trabajo no es determinar cuándo se está en presencia de una situación calificable de acoso laboral, sino analizar las posibles vías de reacción a un contexto identificable como, al menos, aparentemente constitutivo de acoso laboral, no se abordan las diferentes definiciones de este lamentable fenómeno. En su lugar, se parte del concepto de acoso laboral, también denominado acoso moral o psicológico en el trabajo o mobbing, que proporciona la Nota Técnica de Prevención 854 (2009) elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que lo define como la "exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud"¹.

¹Debe destacarse igualmente la definición que proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo (STS en adelante), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de febrero de 2011: "aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en



Expuesto lo anterior, la situación de partida se caracteriza por un contexto de acoso laboral, al menos aparente, que, según los casos, cabe atribuir claramente a una o varias autoridades o empleados públicos o bien presentarse de manera difusa o ambiental, sin que en este último supuesto resulte fácil identificar a las concretas personas naturales que protagonizan el hostigamiento. Además, junto a la conducta activa (de agresión, vejación, etc.) es posible, o incluso frecuente, que aparezca otra del mismo tipo (instigación o facilitación) que promueva la primera, o una de carácter pasivo manifestada en la tolerancia o permisividad respecto de los actos de acoso.

La víctima, real o aparente, del acoso, al ser consciente de la situación que padece y pretender ponerle fin, y al desarrollarse el acoso en un entorno laboral (organización jerárquica) solicita el auxilio de terceras personas. Al margen de los casos en que la conducta de hostigamiento pueda subsumirse en los tipos penales, en que el auxilio ha de buscarse en las autoridades encargadas de la persecución de delitos, el necesario amparo a la víctima y punición del victimario o victimarios se sitúa en la dirección de la empresa, en este caso de la Administración. Ello supone, precisamente por ser una Administración el ámbito en que se plantea la situación de acoso, que el empleado público acosado debe servirse de alguna de las vías procedimentales llamadas a desencadenar la respuesta administrativa. Las opciones son diversas y van desde la queja informal a los superiores a la presentación de denuncias, genéricas o dirigidas específicamente a promover el

ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido".

inicio de un procedimiento disciplinario, o de solicitudes de valoración de puesto de trabajo por causa de salud o de adopción de medidas más o menos concretadas en la petición².

² 2 Utilizamos el adjetivo "informal" en el sentido de no incardinable en un procedimiento estrictamente regulado.

La denuncia es definida en el artículo 62.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP en lo sucesivo), como "acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo".

La denuncia como fuente de inicio de un procedimiento disciplinario se recoge en el artículo 27 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

La diversidad de vías ha sido objeto de reproche por la doctrina. Así, en se afirma en MARCOS GONZÁLEZ, J.I. (coordinador), *La tutela frente al acoso moral: laboral, escolar, familiar e inmobiliario. Del Silencio a la Palabra de Ley Penal*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, p.47, que "por cierto un ordenamiento en el que cueste más trabajo encontrar la vía procesal adecuada que la fundamentación material o es un mal ordenamiento o está mal aplicado por los agentes jurídicos intervinientes". También crítica, CARMONA SALGADO, C., *Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso. Aspectos criminológicos, político criminales, sustantivos y procesales*, Dykinson, S.L., Madrid 2017, pp.28 y 29.



Llegados al ámbito judicial, la vía elegida y actuación subsiguiente de la Administración plantea cuatro posibles escenarios³:

a) En caso de ausencia de respuesta a la petición de medidas o denuncia, cabría plantearse la impugnación de la inactividad de la Administración (artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA en adelante)⁴. Ello se presenta aparentemente como una vía adecuada para reaccionar frente a la pasividad de la Administración ante situaciones de acoso. Ocurre, sin embargo, que la eficacia de este recurso se constriñe a los supuestos en que "la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas". En consecuencia, deben descartarse los

³ Un análisis de las distintas vías en el sector privado se efectúa en ESCUDERO MORATALLA, J.F. Y POYATOS MATAS, G., "Acoso laboral: diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción", *Actualidad Laboral*, nº. 47/48, quincena del 15 al 28 de diciembre de 2003, edición digital, y MORATO GARCÍA, R.M., "Principales vías de tutela frente al acoso moral en el trabajo y su problemática jurídica", *Trabajo y Derecho*, nº. 37, enero 2018, edición digital.

Conviene destacar que la clasificación se efectúa en atención a la actividad administrativa impugnabile y no del concreto tipo de procedimiento, respecto de lo cual se ha señalado que habitualmente se recurre al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (114 y ss LJCA), NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "El mobbing en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Diario La Ley*, nº. 7612, 15 de abril de 2011, edición digital.

⁴ Caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ en lo sucesivo) de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 478/2013, de 17 de junio.

supuestos de procedimientos iniciados a solicitud del interesado o de oficio en que opere el silencio administrativo o exista un acto expreso⁵. Su ámbito de

⁵ Al respecto, razona la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de octubre de 2008, que "La exposición de motivos de la norma expresa que "Largamente reclamado por la doctrina jurídica, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso Contencioso-Administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad".

La sentencia antes citada de 14 de diciembre de 2007, excluye de la posibilidad de la aplicación de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción, el supuesto en que exista un margen de actuación u apreciación por la Administración o



aplicación queda limitado, por tanto, a los procedimientos de oficio y específicamente al caso en que la Administración no dicte un acto que dé respuesta a la denuncia o solicitud (que no inicia el procedimiento) del interesado, con el requisito añadido de que el denunciante o solicitante debe tener la condición de interesado⁶

cuando la disposición general que impone la obligación de actuar exija un acto concreto de aplicación, en cuyo supuesto y, según afirma esa sentencia, no será posible la admisión del recurso Contencioso-Administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no se ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición general, sino que, en estos casos, en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso Contencioso- Administrativo frente a los actos expresos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo, respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración. Y la también citada sentencia de 18 de febrero de 2005 pone de relieve el ámbito de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción, entendiéndose restringidos los supuestos en los que es posible acudir a la vía Contencioso-Administrativa al amparo del precepto que, según resulta de su propia redacción y los antecedentes de su tramitación parlamentaria, contiene un ámbito legalmente limitado".

⁶ Lo que suscita la problemática atinente a la legitimación del denunciante que, como señala el artículo 62.5 LPACAP, no se confiere por el simple hecho de la presentación de la denuncia y ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia en relación con el procedimiento disciplinario y conforme a la cual no se reconoce legitimación con carácter general para impugnar resoluciones dictadas en el marco de este procedimiento, al estimarse que la imposición de una sanción al denunciado "no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera" y solo se admite cuando se acredita que la imposición

b) Vía de hecho, en que la perspectiva es la contraria. No se reprocha a la Administración su pasividad, sino que se le imputan los actos de acoso, ya sea porque se han adoptado por aquellas personas naturales que, integración en los órganos mediante, forman la voluntad de la Administración o porque actúan materialmente como agentes de ésta⁷. Estos actos de acoso no tienen por qué ser necesariamente los de menoscabo directo, sino también los de fomento o amparo. Es decir, se articula un modelo vicarial de atribución de los actos. Parece una vía factible, máxime a la luz de los plazos contemplados en la LJCA (artículos 30 y 46.3) y su interpretación jurisprudencial. Sin embargo, se presenta como obstáculo la forma de manifestación del acoso (pauta de conducta), a la que se añade la configuración de la vía de hecho⁸. Es complejo que las acciones u omisiones en que se manifiesta el acoso se presenten de manera lo suficientemente burda como para integrar una

de la sanción puede producir ese efecto, lo que tiene carácter casuístico y corresponde hacer al denunciante, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre de 2018.

⁷ Este planteamiento, articulado a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, se aprecia en el recurso contencioso- administrativo examinado en la STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso- Administrativo, 275/2012, de 30 de marzo, pues se imputa el acoso al ente público.

⁸ La "vía de hecho" se presenta en tres supuestos: la actuación material administrativa sin cobertura por un acto administrativo, la actuación respaldada por un acto nulo de pleno derecho y la extralimitación en la actuación respecto de lo amparado por un acto administrativo legal, STS, Sala de lo Civil, 616/1993, de 8 de junio, de que se hace eco la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2007.



vía de hecho. Además, se trata de examinar un conjunto de conductas, algunas de las cuales efectivamente pueden entrañar actos materiales carentes de cobertura jurídica, pero que en muchos casos vendrán revestidas de la apariencia de validez propia de los actos administrativos o del régimen organizativo-funcional de la Administración, de manera que la opción por esta vía se ve amenazada de inadmisibilidad⁹.

c) Resolución de petición de medidas. Las solicitudes de adopción de medidas pueden enmarcarse en procedimientos que cuenten con regulación propia (caso de la valoración de puesto) o identificarse como petición

⁹ En este sentido, advierte la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 400/2017, de 8 de marzo:

"Puede discutirse si lo relatado en la demanda es una vía de hecho, ya que la Sra. Custodia se refiere a resoluciones y actuaciones administrativas y no, por tanto, a las de carácter material que contempla el artículo 25.2 de la Ley de la Jurisdicción. Ahora bien, una vez que ha elegido esa opción, ha de estar a ella y con las fechas en que hizo el requerimiento de cese e interpuso el recurso no hay duda de que éste es extemporáneo lo cual lo aboca a la inadmisión.

En todo caso, circunscrito el debate a los derechos susceptibles de la tutela judicial preferente y sumaria a que se contrae el proceso regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley reguladora, con los elementos de juicio disponibles hemos de coincidir con fundada apreciación del Ministerio Fiscal que hemos reproducido y que atribuye una especial importancia a la conducta de la propia recurrente, que en ese período prolongado a lo largo de muchos años no ha impugnado resoluciones y actuaciones en las que mucho tiempo después ha visto esos acoso y discriminación continuados de los que se queja ahora. Asimismo, el hecho de que se reclasificara su puesto de trabajo asignándole un nivel de complemento de destino 26, que ya ha consolidado, no se compadece con un designio de acoso y discriminación en su contra".

genérica incardinable en el procedimiento administrativo común previsto en la LPACAP. El problema que se suscita en este segundo supuesto es que, aunque no es descartable que se pueda dictar una resolución a modo de respuesta a una petición que no se reconduce a otro procedimiento o no se califica como denuncia, es posible que se produzca una falta de respuesta interpretada como silencio administrativo por el transcurso del plazo de tres meses previsto en el artículo 21.3 LPACAP y, de este modo, se desdibujen los distintos cauces de impugnación en vía contencioso-administrativa¹⁰.

d) Archivo de denuncia. Supuesto clásico del procedimiento disciplinario que puede suscitarse tanto inicialmente como tras la tramitación de una información reservada¹¹. Existe al respecto una copiosa jurisprudencia que admite la impugnación por el denunciante del archivo de la información reservada con la pretensión de que se incoe el consecuente procedimiento disciplinario¹². También la de archivo del procedimiento disciplinario, pero solo con fundamento en la insuficiencia de la investigación, sin admitir que se pretenda la imposición de sanción¹³.

¹⁰ Ello puede llegar al punto de que, como se examinó en la STSJ Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 309/2015, de 6 de abril, se impugne la desestimación presunta de la solicitud de incoación expediente disciplinario, lo que implica articular como procedimiento a solicitud del interesado un supuesto propio de denuncia.

¹¹ Artículo 28 del Real Decreto 33/1986.

¹² STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1691/2019, de 10 de diciembre.

¹³ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2005.



Se advierte de lo expuesto la diversidad de fórmulas y cauces de que los afectados por el supuesto o real acoso se sirven para reclamar amparo a la Administración y reaccionar ante la pasividad de ésta. La multiplicidad de vías y supuestos genera no sólo problemas para canalizar debidamente la petición del acosado, sino también una importante divergencia en la tramitación, de iniciarse ésta. No debe olvidarse, a este respecto, que las medidas destinadas a poner fin el hostigamiento son muy variadas (desde cambio de puesto de trabajo a sanciones disciplinarias) y que, además del denunciante o peticionario, existe un tercero o terceros claramente interesados en la decisión que adopte la Administración (las personas a las que se imputan los actos en que se manifiesta el acoso), por lo que es esencial articular un procedimiento que permita reorientar las peticiones de los afectados, realizar un tratamiento unitario y sistemático de éstas, efectuar una comprobación que sirva de fundamento a las medidas que se adopten y dé oportunidad de, al menos, oír a los denunciados. Es ello lo que ha motivado la implantación de protocolos en las distintas Administraciones Públicas que se abordarán seguidamente.

2. Protocolos de actuación frente al acoso laboral.

En el presente epígrafe se realiza una somera aproximación a la naturaleza de los protocolos y se analizan distintas cuestiones procedimentales que plantean.

2.1. Origen y fundamento.

La gravedad del problema que constituye el acoso laboral fue reconocida por la Organización Internacional del Trabajo en el año 2001, lo que, tras la elaboración en su seno de diversos estudios e informes, ha conducido a la adopción en 2019 del Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y de la Recomendación 206 que lo complementa.

Aunque el referido Convenio no ha entrado en vigor ni ha sido ratificado por España, interesa destacar que se declara aplicable también al sector público (artículo 1) y que impone a cada Miembro el deber de respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, lo que incluye, entre otras obligaciones, adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso y garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso (artículo 4). En relación con esto último, entre las medidas que el artículo 9 del Convenio enumera se encuentra la instauración de "procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo".¹⁴

¹⁴ En la necesidad de elaborar protocolos de actuación se insiste en PINUAGA DUCE, A., "El acoso laboral en las administraciones públicas, estado de la situación y posibles salidas", El Consultor de los Ayuntamientos, nº. 9, quincena del 15 al 29 de mayo de 2012, edición digital, y RODRÍGUEZ DUQUE, F., "El mobbing de los funcionarios en la jurisprudencia más reciente", El Consultor de los Ayuntamientos, nº. 8, agosto 2019, edición digital.



En el ámbito de la Unión Europea, cabe citar la Resolución, de fecha 16 de julio de 2001, del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo (2339/2001(INI)), la cual recomienda a los Estados miembros que obliguen a los poderes públicos a poner en práctica políticas de prevención eficaces y a definir procedimientos adecuados para solucionar el problema de las víctimas de acoso y evitar que se repita¹⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, el problema que representa el acoso moral en el ámbito del empleo público puede ser analizado desde dos perspectivas jurídicas diversas. Ambas confluyen en los protocolos de actuación frente al acoso laboral.

Así, desde una perspectiva social o, si se prefiere, laboral, puede partirse del artículo 40.2 de la Constitución española (CE en lo sucesivo), que entre los principios rectores de la política social y económica proclama que los poderes públicos "velarán por la seguridad e higiene en el trabajo". En estrecha vinculación con este principio, el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL en adelante), consagra el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y el correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Añade este precepto que "este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su

¹⁵ Al respecto, RENEDO JUÁREZ, M.J., "El acoso laboral en el sector público y su regulación en el espacio europeo", Revista Jurídica de Castilla y León, nº. 48, mayo 2019, pp.12 y ss.

servicio”¹⁶. Y es que, en tanto que el mobbing es susceptible de causar un daño a la persona que lo sufre (acosada) y que el ámbito en el que se desarrolla aquél es, precisamente, el del trabajo, resulta indudable que se trata de un riesgo laboral, tal y como este concepto es definido en el art. 4 LPRL.

Por tanto, desde esta perspectiva, los protocolos de actuación frente al acoso psicológico en el trabajo aprobados por las Administraciones Públicas se configuran como uno más de los instrumentos de prevención de riesgos laborales de los que disponen aquéllas como empleadoras. Como consecuencia de ello, la eventual responsabilidad que quepa exigir a una Administración por el incumplimiento del deber de protección que le incumbe frente a este concreto riesgo laboral se podrá hacer valer ante los órganos jurisdiccionales del orden social, ex artículo 2 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS, en adelante)¹⁷.

¹⁶ El artículo 3.1 LPRL declara aplicable la prevención de riesgos a las Administraciones Públicas y, en el marco de éstas, tanto al personal con vínculo laboral como al funcionario (incluido el estatutario de los Servicios Públicos de Salud).

¹⁷ El indicado precepto atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan “para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos



Debe señalarse, no obstante, que la reacción frente a las infracciones ha de canalizarse, a diferencia de lo que sucede con el sector privado, por la vía del artículo 45.1 y concordantes LRL, al establecerlo así el artículo 42.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁸.

finés, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones”.

¹⁸Dispone el artículo 45.1 LPRL que:

"No obstante lo anterior, en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones públicas, las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposición, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca.

En el ámbito de la Administración General del Estado, corresponderá al Gobierno la regulación de dicho procedimiento, que se ajustará a los siguientes principios:

a) El procedimiento se iniciará por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por orden superior, bien por propia iniciativa o a petición de los representantes del personal.

b) Tras su actuación, la Inspección efectuará un requerimiento sobre las medidas a adoptar y plazo de ejecución de las mismas, del que se dará traslado a la unidad administrativa inspeccionada a efectos de formular alegaciones.

c) En caso de discrepancia entre los Ministros competentes como consecuencia de la aplicación de este procedimiento, se elevarán las actuaciones al Consejo de Ministros para su decisión final”.

Dicho precepto ha sido objeto de desarrollo por el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado, aplicable al resto de Administraciones Públicas con las matizaciones competenciales previstas en su disposición adicional segunda.

En lo que interesa al objeto del presente trabajo, el procedimiento se inicia en todo caso de oficio por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por orden superior, propia iniciativa o a petición de los representantes de personal (artículo 3.1). No se hace referencia a los posibles perjudicados por la conducta ni a la denuncia, pero ello no es óbice para que éstos puedan dirigirse a la Inspección de Trabajo e interesarle el inicio del procedimiento¹⁹. Ahora bien, en

¹⁹ No en vano, el artículo 20.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, prevé, con un alcance general, la actuación en virtud de denuncia y el apartado siguiente establece que la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social es pública.

En este sentido se pronuncia la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de diciembre de 2003, al afirmar que "la intervención de los trabajadores puede posibilitarse bien por su actuación ante los representantes del personal o incluso



consonancia con la omisión de la alusión a la denuncia, el artículo 5.1 dispone el traslado de la propuesta de requerimiento a la unidad administrativa inspeccionada, al órgano que ordenó la actuación y a los representantes del personal, por lo que la referencia a los "interesados" que se hace en el apartado 7 del mismo precepto, al ocuparse del eventual recurso contencioso-administrativo contra la decisión final adoptada por el Consejo de Ministros (o Consejo de Gobierno u órgano de gobierno de la entidad local, de acuerdo con la Disposición adicional segunda), no parece estar pensando en los perjudicados por la infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales. Dicho sea esto sin perjuicio de la vía de reclamación resarcitoria ya referida.

Pero, como se había anticipado, el problema es también susceptible de ser analizado desde otra perspectiva: la administrativa. El artículo 106.2 CE reconoce el derecho de los particulares "a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", y la jurisprudencia ha interpretado el término "particulares" empleado en aquel precepto en el sentido de incluir a los empleados públicos, permitiéndoles ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración empleadora por los daños y perjuicios sufridos durante la prestación de servicios²⁰. La acción en este caso habrá de ejercitarse con sujeción a lo establecido en los arts. 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1

ante la propia Inspección para que si lo estima procedente actúe".

²⁰ Por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de noviembre de 2008.

de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en adelante) y se sustanciará por el procedimiento regulado en el título IV LPACAP, siendo recurrible el acto expreso o presunto ante los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, conforme a los arts.1.1 y 25 LJCA.

Desde la perspectiva administrativa, los protocolos de actuación frente al acoso laboral pretenden garantizar un funcionamiento normal de la Administración que le permita anticiparse a la existencia de una situación de acoso moral y, en caso de producirse, tomar las medidas oportunas para evitar que se repita en el futuro, incluida la corrección disciplinaria al sujeto o sujetos causantes del daño.

En línea con lo anterior, el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP en adelante), incluye entre los derechos individuales de los empleados públicos el derecho al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral (apartado h)). Además, el artículo 95.2 b) del mismo cuerpo normativo tipifica como falta disciplinaria muy grave "el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo".

En el marco normativo hasta ahora descrito vino a insertarse la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su artículo 62 compele a las Administraciones Públicas a



negociar con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores un protocolo de actuación para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo²¹. Aunque el precepto citado se refiere en exclusiva a estos dos concretos tipos de acoso en el ámbito laboral, lo cierto es que, en la práctica, algunos de los protocolos “generales” hasta ahora aprobados (expresión que empleamos en contraposición a la de “específicos” que reservamos para los centrados en particulares modalidades de acoso), se han inspirado en los principios

²¹ Dice así el precepto aludido:

“Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:

a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.

d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.”

Bajo la rúbrica “prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”, el artículo 54 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha, establece en su apartado 5 que “el Instituto de la Mujer impulsará la elaboración de protocolos para la prevención y protección del acoso sexual y por razón de sexo”.

a los que alude el artículo 62 y se han adoptado previa negociación colectiva²².

2.2. Naturaleza.

Se debe partir de que las instituciones jurídicas tienen la naturaleza que se corresponde con su contenido, con independencia de la denominación que se le haya dado; regla ésta que ha de tenerse muy presente a la hora de abordar la cuestión concerniente a la verdadera naturaleza jurídica de los protocolos de actuación frente

²² Supuesto de protocolo "específico" es el aprobado por Acuerdo, de 27 de julio de 2011, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella (BOE nº 189, de 8 de agosto de 2011).

Muestra de lo segundo es el Acuerdo, de 6 de abril de 2011, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado (BOE nº 130, de 1 de junio de 2011); el Acuerdo, de 19 de abril de 2017, de la Mesa General de Negociación de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Protocolo general de prevención y actuación frente a todos los tipos de acoso en el trabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella (BOCM nº 121, de 23 de mayo de 2017); y el Protocolo de prevención, identificación y actuación frente al acoso en el lugar de trabajo en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos (DOCM nº 87, de 4 de mayo de 2018).



al acoso psicológico en el trabajo que se han ido adoptando en nuestro país por las distintas Administraciones Públicas.

Al respecto, conviene precisar que en el presente apartado nos limitaremos a formular una serie de consideraciones generales dado que el número y las diferencias existentes entre los protocolos aprobados por las distintas Administraciones impiden realizar tanto un examen exhaustivo de cada uno de ellos como ofrecer un tratamiento uniforme para todos. Hecha esta precisión, parece claro que su aprobación se fundamenta en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública, lo que no impide que algunos de ellos se hayan sometido previamente a negociación con las organizaciones sindicales, ya que el artículo 37.2 a) EBEP excluye de la obligatoriedad de la negociación (mas no la impide) "las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización". Y es que los efectos de los protocolos se circunscriben al ámbito interno, doméstico, de la Administración que los aprueba; no trascienden a los ciudadanos ni innovan el ordenamiento jurídico, ya que no tienen por objeto complementar ni desarrollar lo previsto en la ley. Es más, como se expondrá seguidamente, ni siquiera es absolutamente necesario activar el protocolo para adoptar medidas de protección frente a una situación de acoso o para iniciar un procedimiento disciplinario. Siendo esto así, la dificultad consiste en determinar si la naturaleza de los protocolos es la propia de los reglamentos organizativos o independientes o de las circulares o instrucciones internas a las que se refiere el art. 6 LRJSP, lo cual reviste una indudable trascendencia a efectos procesales.

Como señala la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de marzo de 2007, "se entiende por disposición organizativa aquélla que, entre otros requisitos, no tiene otro alcance que el meramente organizativo de alterar la competencia de los órganos de la Administración competente para prestar el servicio que pretende mejorarse"²³. En este sentido, los protocolos distribuyen la competencia para conocer de las distintas fases por la que puede pasar la denuncia o comunicación de presunto acoso entre diferentes órganos administrativos, contemplando, incluso, la constitución de un órgano colegiado ad hoc encargado de llevar a cabo la investigación de los hechos y elevar un informe al órgano decisor²⁴.

Sin embargo, los razonamientos vertidos en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de

²³ A lo anterior añade el Alto Tribunal en su Sentencia de 29 de abril de 2010 que "esta Sala ha considerado exentos del dictamen del Consejo de Estado tales disposiciones cuando se limitan a extraer consecuencias organizativas, especialmente en el ámbito de la distribución de competencias y organización de los servicios, de las potestades expresamente reconocidas en la Ley".

²⁴ Este órgano recibe distintas denominaciones, como, por ejemplo, Comité Asesor en el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado y en el Procedimiento de prevención, detección y actuación frente a situaciones de acoso entre trabajadores del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (DOCM nº 104, de 30 de mayo de 2019); o Comisión de Prevención y Actuación frente al Acoso Psicológico en el Trabajo en el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA nº 252, de 28 de diciembre de 2012).



2018, parecen decantar la balanza hacia la consideración de los protocolos de actuación frente al acoso laboral como circulares o instrucciones internas²⁵. Dice así la resolución judicial citada:

“Diferente de esas normas (se refiere a las disposiciones administrativas de carácter general) son las meras instrucciones, órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de "dirigir la actividad" interna de la Administración dando órdenes e instrucción sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, no trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos”.

²⁵ La referida resolución judicial se dictó a propósito de la impugnación de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, de 13 de octubre de 2014, por la que se publica el Acuerdo para la Aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, y viene a confirmar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo declarada por la Sala de instancia por entender que la decisión recurrida no constituye una disposición administrativa de carácter general, sino una instrucción interna.

Si, a la vista de la jurisprudencia expuesta, se tiene en cuenta que, con carácter general, los protocolos no solo reparten la competencia para conocer de las denuncias o comunicaciones de presunto acoso moral en el trabajo, sino que fijan pautas de conducta, órdenes o instrucciones para esclarecer los hechos y actuar en consecuencia, sin que, en ningún caso, las medidas que se adopten al amparo de aquéllas sean distintas de las previstas en las leyes y reglamentos aplicables en cada supuesto, cabe concluir, como hace la referida sentencia, que nos hallamos ante instrucciones internas.

Las consecuencias procesales, como anticipamos, tienen una extraordinaria relevancia, pues, mientras las disposiciones administrativas organizativas o reglamentos internos constituyen actividad administrativa impugnable, tanto de forma directa (art. 25.1 LJCA), como indirecta (artículo 26 LJCA), las instrucciones internas no son susceptibles de impugnación, “lo que no comporta, en ningún caso”, como reconoce la Sentencia de 31 de enero de 2018 anteriormente citada, “que no puedan impugnarse en vía contencioso-administrativo los concretos actos de aplicación, incluso cuando estén fundados en dichas disposiciones internas, conforme autoriza, sin límite alguno, el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa y, con mayor claridad y amplitud, en su artículo 25”. Aplicado al caso objeto de estudio, la inimpugnabilidad del protocolo no excluye la de los actos que se dicten en el marco de éste, cuestión que se abordará posteriormente.



2.3. Finalidad y ámbito de aplicación.

La aprobación del protocolo de actuación frente al acoso laboral supone por sí misma una declaración de no tolerancia de las conductas en las que éste pueda manifestarse²⁶. En coherencia con esta declaración de voluntad, los protocolos persiguen una doble finalidad, tal y como los mismos reconocen de forma expresa: evitar, en lo posible, que se produzcan situaciones de acoso psicológico en el trabajo (prevención); e intervenir lo antes posible en los supuestos en que exista acoso laboral con el objeto de ponerle fin (detección precoz y actuación).

La finalidad preventiva se concreta en la enumeración, sin carácter exhaustivo, de las medidas que se pueden adoptar para minimizar el riesgo de que se produzcan situaciones de acoso psicológico en el trabajo, tales como la evaluación de riesgos psicosociales en cada centro de trabajo, la formación de los empleados públicos en prevención y resolución de conflictos y la instauración de algún sistema (buzón, correo electrónico o teléfono) a través del cual se puedan realizar consultas y recibir asesoramiento informativo. La forma genérica en el que las medidas suelen ser enunciadas, así como

²⁶ En este sentido, señala el Protocolo de prevención y actuación ante el acoso laboral en la Administración de la Generalitat (DOGV nº 8223, de 30 de enero de 2018) en su primer punto:

“La Generalitat, a través de este protocolo que ahora se revisa, manifiesta y reitera de forma clara su compromiso de tolerancia cero frente a toda conducta de acoso laboral y esto a través de realizar acciones que, además de prevenir, corrijan y eliminen este tipo de conductas indeseables e inaceptables en el seno de nuestra administración”.

la naturaleza propia del protocolo a la que anteriormente nos hemos referido, se erigen en obstáculos insalvables para que un hipotético recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, consistente en la falta de adopción de aquellas medidas, fuera siquiera admitido por los órganos jurisdiccionales. En cuanto a la finalidad de detección precoz y actuación, ésta se traduce en el establecimiento de las pautas que los órganos administrativos han de seguir para investigar los hechos y, en caso de que se constate la existencia de una situación de acoso, intervenir con los medios que contempla el ordenamiento jurídico. Se trata de lo que se denomina “procedimiento de actuación”.

El ámbito subjetivo de aplicación de este procedimiento se circunscribe a los empleados públicos de la Administración, organismo o entidad pública que adopta el protocolo, quedando comprendidas, por tanto, las conductas de acoso que se den entre aquéllos. Ahora bien, los protocolos suelen contener una regla especial aplicable a aquellos supuestos en los que el mobbing tiene lugar entre empleados públicos y personal de una empresa externa contratada, consistente en la aplicación de los mecanismos de coordinación empresarial previstos en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. Algunos protocolos añaden el deber de la Administración, organismo o entidad de informar a la empresa de la existencia del protocolo y la necesidad de que exista una comunicación recíproca con la finalidad



de llegar a un acuerdo sobre la forma de abordar el supuesto caso de acoso moral²⁷.

Como la problemática que plantea este último supuesto reviste una complejidad que excede con creces del objeto del presente artículo, nos limitaremos a apuntar que, comprobada la concurrencia de una situación de acoso, la Administración solo estará facultada para adoptar medidas, disciplinarias o de protección respecto de los empleados públicos, correspondiendo a la empresa privada hacer lo propio en relación con el personal a su servicio.

2.4. Procedimiento de actuación.

Son procedimientos que se inician e impulsan de oficio, previa presentación de un escrito, denominado denuncia, comunicación o solicitud de intervención, del presunto acoso, por alguno de los sujetos a los que los protocolos reconocen legitimación para ello.

Ya en esta primera aproximación se aprecia la naturaleza particular del procedimiento de actuación, pues, en general, no se contempla su inicio por propia iniciativa del órgano competente, de manera que el escrito inicial opera como una denuncia condicionante, es decir, como presupuesto necesario para que el procedimiento se inicie²⁸. Se da, así, una cierta analogía con los delitos

²⁷ Así lo hacen, entre otros, el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado y el Procedimiento de prevención, detección y actuación frente a situaciones de acoso entre trabajadores del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

²⁸ El Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón parece establecer una excepción en este punto cuando dice que "el procedimiento se inicia de oficio cuando se tenga conocimiento de una situación de posible acoso psicológico en el trabajo o a

semipúblicos, bien que con extensión a otros sujetos distintos del acosado. De hecho, en algunos protocolos se exige el consentimiento expreso de la persona presuntamente acosada para iniciar las actuaciones en caso de que la denuncia, comunicación o solicitud la presente otra de las legitimadas²⁹.

La delimitación taxativa de los sujetos legitimados para presentar ese escrito inicial y la falta de previsión, en la casi totalidad de los casos, de inicio por propia iniciativa del órgano permiten excluir la legitimación de personas distintas de las expresamente indicadas en el protocolo. Por otro lado, la configuración del escrito inicial como denuncia condicionante no implica que se trate de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, ya que la presentación de la denuncia, comunicación o solicitud no obliga a dar inicio a las actuaciones, tan solo a adoptar una decisión sobre su admisión a trámite.

Se trata, por otra parte, de un procedimiento no excluyente, ya que, si bien procede su aplicación en caso de que se inste por alguno de los sujetos legitimados (de ahí que se admita la impugnación del archivo de la denuncia), no obsta a que se acuda a otras vías administrativas o judiciales³⁰.

partir de la presentación de un escrito aportado por el trabajador presuntamente acosado o por otro trabajador con el consentimiento escrito del presunto trabajador acosado, y cuyo modelo se incluye en el anexo I”.

²⁹ Así, Procedimiento de prevención, detección y actuación frente a situaciones de acoso entre trabajadores del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

³⁰ Dispone el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado que “la aplicación de este



La propia naturaleza jurídica del procedimiento es compleja. Su articulación a través de un protocolo y su carácter previo al eventual inicio de procedimientos disciplinarios o de remisión de actuaciones al orden penal, así como la circunstancia de su finalización por medio de un informe lo singularizan y alejan de la noción clásica de procedimiento administrativo³¹. En este sentido, la actuación administrativa con la que presenta claras semejanzas es la información reservada, que se ha identificado por la jurisprudencia como una actividad previa al procedimiento administrativo en sí pero con carácter procedimental sui generis³². Estas

protocolo no deberá impedir en ningún caso la utilización, paralela o posterior, por parte de las personas implicadas, de las acciones administrativas o judiciales previstas en la Ley".

³¹En este sentido, razona la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 426/2016, de 6 de julio, que: "Ante todo, ha de ponerse de relieve la dificultad de asimilar a un procedimiento administrativo propiamente dicho la tramitación de la primera fase del protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado acordado en la Mesa General de la Negociación, que comprende la recopilación de información y la emisión del informe de valoración inicial; tampoco tiene parangón con el procedimiento disciplinario, pese a que la tramitación del protocolo puede dar lugar a su incoación cuando del referido informe se deduzca con claridad la existencia de acoso laboral, como aquí ocurrió. Pese a todo, su conexión se encuentra más bien con las materias de prevención de riesgos laborales y con la inspección de servicios".

³² No en vano, en la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN en adelante), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de octubre de 2017, se califican de "diligencias informativas" las averiguaciones realizadas en el marco de la Resolución de 15 de marzo de 2013, del Secretario General de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, por la que se aprueba el protocolo de actuación frente al acoso laboral. Y en

peculiaridades ocasionan que, al igual que sucede con la información reservada o las actuaciones previas (artículo 55 LPACAP), no resulte aplicable el régimen del procedimiento administrativo como tal, pero deba acudirse analógicamente a éste o, al menos, inspirarse en sus principios, así como en los propios de los derechos fundamentales para dar respuesta a los conflictos que los intereses en juego suscitan.

Con carácter general, en los procedimientos de actuación que establecen los protocolos es posible distinguir tres fases:

1ª) Iniciación: comprende la presentación de un escrito por alguno de los sujetos a los que los protocolos reconocen legitimación para ello, y la valoración inicial del caso. Concluye con la emisión de un informe de

la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso- Administrativo, 116/2016, de 24 de febrero, se establece una suerte de relación entre ambos tipos de actuación.

Se afirma rotundamente en GALLARDO CASTILLO, M.J., Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, p.186, que "es de toda lógica considerar que estas actuaciones previas no forman parte del procedimiento". En ZABALA GUADALUPE, J.J. (director), Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones Públicas, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp.265 y 266, se caracteriza como "un procedimiento accesorio y previo al disciplinario, de manera que, sin perjuicio de que se le pueda dotar de una unidad formal, no puede configurarse como un procedimiento independiente en sí mismo ya que, en todo caso, su finalidad es la determinación de la conveniencia o no de abrir el correspondiente procedimiento administrativo".



valoración inicial, a la vista del cual el órgano competente adopta alguna de las siguientes decisiones:

a) Archivo de la denuncia, comunicación o solicitud de intervención.

b) Propuesta de inicio del procedimiento disciplinario, si se aprecia la comisión de una falta disciplinaria distinta del acoso laboral.

c) Orden de inicio del procedimiento disciplinario, si se aprecian indicios claros de mobbing.

d) Adopción de las medidas que se estimen pertinentes, si se trata de un conflicto interpersonal.

e) Continuación del procedimiento, si no existen suficientes indicios de la existencia de una situación de acoso psicológico en el trabajo.

2ª) Investigación: con intervención de los afectados, realización de entrevistas y obtención de toda la información que se considere relevante. Concluye con la emisión de un informe de valoración final, que recoge las conclusiones de la investigación e incorpora la documentación recabada durante la misma, lo que conforma el expediente.

3ª) Resolución: a la vista del mencionado informe de valoración final, el órgano competente toma alguna de las siguientes decisiones:

i) Archivo de la denuncia, comunicación o solicitud de intervención, si no se aprecia la existencia de acoso moral en el trabajo.

ii) Propuesta de inicio del procedimiento disciplinario, si se entiende cometida una falta disciplinaria distinta del acoso laboral.

iii) Orden o propuesta de inicio del procedimiento disciplinario, si se observan indicios claros de mobbing.

iv) Remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal, si se estima la posible existencia de delito.

Son múltiples las cuestiones que plantea el procedimiento descrito.

En primer lugar, la posibilidad de impugnar los distintos actos que se prevén en el curso del procedimiento. Nada se dice generalmente al respecto en los protocolos y han sido los tribunales los que se han pronunciado en relación con algunos de ellos.³³

Por lo que se refiere al archivo de la denuncia, se ha acudido a la jurisprudencia, ya referida, que admite la impugnación del archivo de denuncias o del procedimiento respecto del procedimiento disciplinario para extender el razonamiento que lo fundamenta al procedimiento previsto en los protocolos³⁴. Así se ha hecho con la inadmisión a trámite de la denuncia tras la identificable como primera fase en el esquema detallado³⁵. Con un alcance más amplio, cabe predicar

³³La excepción viene dada por el Protocolo general de prevención y actuación frente a todos los tipos de acoso en el trabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, que establece que "todas las resoluciones a que se refiere este procedimiento indicarán el tipo de reclamación o recurso que procede contra ellas y el plazo para interponerlo".

³⁴Debe destacarse la diferencia que presenta el procedimiento de violencia interna en comparación con la información reservada, a que se ha hecho referencia anteriormente, ya que el procedimiento aparece como debido cuando concurren indicios de acoso, en tanto la información reservada es puramente potestativa.

³⁵ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de octubre de 2017.



idéntica impugnabilidad de todos aquellos actos que comprometan intereses legítimos que justifiquen la admisión del recurso administrativo o judicial para su efectividad, sin que obste a ello el hecho de que se identifique el "acto" como informe.

Ahora bien, además de la legitimación del recurrente, es preciso que el contenido del acto sea decisorio y no meramente propositivo o valorativo. La impugnabilidad de la inadmisión a trámite o archivo de la denuncia, comunicación o solicitud en cualquiera de los momentos en que ésta se produzca se justifica porque pone fin al procedimiento. De igual modo, la adopción de medidas, en cuanto suponga la efectiva aplicación y no la mera propuesta, debe ser susceptible de recurso, incluso de ser provisionales. Este planteamiento hace aceptable el recurso cuando éste se dirige a cuestionar la decisión final del procedimiento aunque tenga un contenido aparentemente propositivo (caso de acuerdo en que se proponen medidas preventivas o la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal). Sin perjuicio de que la propuesta del órgano no es vinculante para el que la recibe, debe admitirse la impugnación por el interesado de la decisión adoptada por el órgano, aunque sea propositiva respecto de un tercero destinatario de la propuesta acordada en el acto que pone fin al procedimiento previsto en el protocolo. El interesado no solo tiene interés legítimo en que se adopte una u otra decisión, sino que la propuesta adoptada supone en cuanto tal una decisión (se opta por esa propuesta y no por otra medida) cuyo cuestionamiento debe admitirse. Otra cuestión controvertida es la relativa al acceso al expediente. Es nota común en los protocolos prever la confidencialidad de la información obtenida, en coherencia no solo con la preservación de la intimidad y los datos de carácter personal, sino también con la pretensión del procedimiento de contribuir a resolver y

no agravar o generar conflictos³⁶. En atención a ello, es posible aplicar un régimen similar a los supuestos en que el acceso se formula durante la tramitación del procedimiento y aquellos en que tiene lugar una vez concluido éste, en que la petición es incardinable en el régimen de acceso a la información pública³⁷. Al igual

³⁶Así, el Procedimiento de prevención, detección y actuación frente a situaciones de acoso entre trabajadores del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha dispone que "Las personas que intervengan en el procedimiento tienen obligación de guardar una estricta confidencialidad y reserva y no deben transmitir ni divulgar información sobre el contenido de las comunicaciones de presunto acoso presentadas o en proceso de investigación.

Toda la documentación de estos procedimientos se custodiará por la Dirección Gerencia y gozará de idéntica protección que cualquier otra referente a la salud de las personas".

³⁷ Establece la disposición adicional primera.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG en lo sucesivo), que "La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo".

Acerca del acceso al expediente, ÁLVAREZ LOSA, C. Y GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., "Consideraciones acerca del acceso por el interesado al expediente administrativo en procedimientos selectivos", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº. 57, enero/diciembre 2015, pp.13-44.

Bien que en relación con una información reservada, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 983/2008, de 17 de abril, afirma que "aunque se entienda que el presente no es un procedimiento en sentido estricto por no tener prevista para su tramitación una concreta regulación procesal de sus trámites y fases, ello no es obstáculo para que le sean



que sucede en el marco del procedimiento administrativo, es posible acudir a la ponderación con los límites que enuncia el artículo 14 LTBG para, siempre mediante resolución motivada, excluir el acceso a la información o, en su caso, facilitarla parcialmente (artículo 16 LTBG)³⁸.

de aplicación los artículos 105 b) de la Constitución y en el art.37 de la Ley 30/92 en los que el acceso a archivos y registros se extiende con carácter general a los registros y documentos que formando parte de un expediente obren en poder de la Administración cualquiera que sea su forma de expresión, no habiendo sido intención del legislador introducir la limitación alegada por la parte".

³⁸Al respecto, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 426/2016, de 6 de julio, argumenta que: "De acuerdo con las previsiones del protocolo, el proceso de recopilación de la información, que puede comprender la entrevista de los afectados y de testigos, ha de estar presidido, entre otros, por los principios de confidencialidad y sigilo (...) Casi con seguridad por la finalidad preventiva de las conductas de acoso, también para evitar presiones o represalias, en la primera fase del protocolo se exige a los intervinientes una especial obligación de confidencialidad y reserva. De hecho, a las personas entrevistadas, como ya se ha notado, se les informó del carácter confidencial de las reuniones, lo que constituye una de las garantías de las actuaciones; y no cambian las cosas porque en este caso las entrevistas fueron documentadas por las actuantes e incorporadas a las actuaciones, lo que, desde luego, no resultaba exigible. A este respecto es importante notar que el protocolo utiliza a propósito la expresión "entrevista", referido a las conversaciones y reuniones como término bien distinto al de "declaración".

Sea como fuere, del régimen aplicable resulta que la excepción a la denegación al acceso a determinados documentos ha de hacerse de forma motivada y por las razones taxativas dispuestas en la ley, entre ellas, por la presencia de intereses de terceros más dignos de protección, y sin olvidar que la protección del derecho de acceso ha de hacerse, sobre todo,

desde la perspectiva de que no se produzca indefensión [cfr. auto del Tribunal Supremo 13/7/06 (recurso de casación 47/2006)].

En orden a la motivación de la denegación, esta se encuentra expresada en la resolución recurrida, en la que se muestra que se limita el ejercicio del derecho de acceso suprimiendo exclusivamente aquellos datos no relevantes que afectan a la intimidad de terceros por estar relacionados con la salud como también la de ciertos párrafos o comentarios que recogen opiniones personales o juicios de valor manifestados por terceros, todo ello sin menoscabo del derecho de defensa del recurrente.

Es una obviedad que para poder comprobar la relevancia, interés, trascendencia y afectación de intereses protegidos por la información denegada sería preciso conocer su contenido, pero se convendrá también que ello constituye un razonamiento circular, como la pescadilla que se muerde la cola, y supondría despojar la protección que demanda la práctica de las indagaciones previas como, sobre todo, privar de virtualidad alguna a la excepción de acceso a la información prevista en el artículo 37.4 de la Ley 30/1992, cuando existe compromiso de intereses de terceros más dignos de protección.

En esa tesitura, bajo el presupuesto de que las informaciones obtenidas en la fase inicial del protocolo a través de entrevistas son confidenciales, al tiempo que no hay base alguna para afirmar que hayan sido utilizadas en el ulterior procedimiento disciplinario, sería el recurrente a quien correspondería ofrecer algún indicio o dato de la relevancia de la información. De este modo, era carga de la parte que reclama la entrega de la documentación argumentar que la decisión administrativa disciplinaria requería del examen de la documentación de las entrevistas (o de su traslado al informe)".



En relación con lo anterior, los protocolos no detallan exhaustivamente las actuaciones que deben desarrollarse en el marco de la investigación de los hechos denunciados, aunque sí algunos de los contenidos o informaciones que deben recabarse. Se prevé en todo caso la información a las partes implicadas con carácter general, así como, con salvedades vinculadas a la protección de la intimidad, a órganos como el Comité de Seguridad y Salud³⁹. Más allá de las previsiones del protocolo correspondiente, que necesariamente deben respetarse y cumplirse, el ámbito de decisión del órgano competente y la intervención de los implicados deben estar presididos por la lógica que se aplica a la información reservada, esto es, el que, al no tratarse de un procedimiento administrativo en sentido estricto, debe reconocerse un amplio margen de discrecionalidad al tramitador⁴⁰. Ahora bien, frente a lo que se ha sostenido respecto de la información reservada, se hace preciso garantizar la participación de los implicados (aunque sea en forma de entrevista), pero sin desplegar en toda su amplitud el derecho de defensa propio de los procedimientos formales, condición que no concurre en estos supuestos⁴¹.

³⁹ Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado.

⁴⁰ En este sentido, en la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 116/2016, de 24 de febrero, bien que respecto de una información reservada, se estima que lo procedente es "la incorporación de los informes y pruebas oportunas, la audiencia de todos los interesados y la culminación con la resolución efectiva oportuna".

⁴¹ Son múltiples las sentencias que excluyen la necesidad de dar intervención al interesado, caso de la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de mayo de 2011, lo que tiene sentido dado el carácter preliminar de la información reservada, pero no se acomoda al procedimiento al que nos referimos, dirigido no sólo al esclarecimiento de los hechos,

2.5 Valoración del papel de los protocolos.

Como conclusión a lo anteriormente expuesto y en conexión con la aproximación inicial a la reacción al acoso, debe insistirse una vez más en la importancia de la implantación de dichos protocolos en el ámbito de las Administraciones Públicas. Uno de los riesgos principales que plantea el acoso laboral es la falta de respuesta adecuada por la organización en que prestan servicios el supuesto acosador o acosadores y acosado o acosados. Pero no solo es problemática la falta de respuesta, sino también el que ésta se sujete a una multiplicidad de posibles vías llamadas a generar inseguridad a la presunta víctima y a quienes pueden padecer una imputación infundada de práctica de acoso. Por ello, resulta imprescindible que se proporcione un tratamiento unitario que permita reconducir las denuncias, comunicaciones o solicitudes de intervención y canalizarlas en un procedimiento sencillo que sirva para esclarecer los hechos y determinar ulteriores actuaciones, así como para garantizar la protección necesaria desde los primeros momentos. Ello sin

sino también a la adopción de medidas de protección. Por otra parte, aunque la STC 142/2009, de 15 de junio, considera aplicables a la información reservada los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, no es menos cierto que afirma igualmente que "no nos encontramos ante el imputado en un proceso penal, sino ante una comparecencia en una información reservada, lo que impide la traslación mecánica y acrítica de las garantías y conceptos propios del orden penal, pues la amplitud de las garantías del art. 24 CE en uno y otro contexto no puede ser la misma".



perjuicio de que pueda acudir a otras vías, incluso, de manera simultánea.

Precisamente por lo expuesto resulta preciso ahondar en la regulación del procedimiento. Hasta el momento, los procedimientos de violencia interna se han configurado sobre la base de protocolos a los que no cabe atribuir la condición de normas reglamentarias y de procedimientos no identificables como procedimientos administrativos stricto sensu. Ello motiva, por una parte, un excesivo peso de la instrucción interna en la delimitación de actuaciones que implican importantes intereses (intimidad, protección de datos, etc.) y la carencia de un régimen supletorio claro que permita integrar las lagunas. Así lo evidencia tanto la dificultad de los tribunales para identificar la naturaleza del procedimiento y el carácter casuístico de las soluciones por ellos ofrecidas, como la diversidad de contenidos en los protocolos en relación con cuestiones clave como el régimen de recursos. Al igual que sucede con otras actuaciones al margen del procedimiento administrativo en sentido estricto, se hace precisa una regulación que, sin atribuir tal condición a tales procedimientos, unifique los aspectos esenciales con rango normativo y permita clarificar el alcance de derechos como el de audiencia⁴².

⁴² En este sentido, en RENEDO JUÁREZ, M.J., "El acoso laboral en el sector público y su regulación en el espacio europeo", Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 48, mayo 2019, p.36, se reclama una "normativa específica sobre acoso laboral".

3. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El objeto del presente epígrafe es abordar la articulación del acoso laboral en el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

3.1. Marco y alcance de la responsabilidad patrimonial en supuestos de acoso laboral.

Consecuencia frecuente del acoso laboral en el seno de la Administración es la reclamación de responsabilidad patrimonial al amparo de la LRJSP.

Es preciso advertir, en línea con lo anteriormente indicado, que la responsabilidad patrimonial contemplada en dicha norma y de que se ocupa el artículo 2 e) LJCA no se extiende a la responsabilidad vinculada a la prevención de riesgos laborales⁴³. Siempre que la reclamación de daños y perjuicios derivados del acoso laboral sufrido lo sea con fundamento en la

⁴³Dispone el artículo 2.e) LJCA que "El orden jurisdiccional contencioso- administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".

Acerca de esta cuestión, bien que previamente a la jurisprudencia que seguidamente citaremos, DOGANOC DE LEÓN, M., "Orden jurisdiccional competente en materia de acoso laboral a un funcionario público", Actualidad Administrativa, n.º 9, septiembre 2017, edición digital.



infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales el orden competente será el social, sin que a ello obste el artículo 2 e) LJCA, ya que el 3 a) de la misma ley dispone que "No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública"⁴⁴. Ahora bien, para que así sea es preciso que la pretensión se formule con el exclusivo fundamento de la infracción en materia de prevención de riesgos laborales, ya que si existe otro fundamento, caso de la vulneración de derechos fundamentales, el orden social deviene incompetente en el caso de personal funcionario o estatutario de los Servicios de Salud⁴⁵.

Aclarado lo anterior, es posible apoyar la responsabilidad patrimonial derivada del acoso en el artículo 36 LRJSP⁴⁶.

⁴⁴ La competencia del orden jurisdiccional social en un supuesto como el enunciado se declara en la STS, Sala de lo Social, 903/2018, de 11 de octubre.

⁴⁵ STS, Sala de lo Social, 544/2018, de 17 de mayo.

⁴⁶ A tenor de dicho precepto:

"1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al

Si bien la fuente del perjuicio causado por el empleado reclamante se localiza en la autoridad o empleado/s que someten al reclamante al tratado degradante o vejatorio, la acción se dirige contra la Administración en que se integran los autores del acoso, la cual, en caso de que efectivamente se aprecie responsabilidad patrimonial por tales hechos, deberá repetir contra los causantes del perjuicio en atención a los criterios que marca la ley. Deben destacarse varias cuestiones:

La responsabilidad por actos de un tercero no es, desde luego, novedosa ni exclusiva del ámbito organizativo-administrativo⁴⁷. Concorre, sin embargo, una circunstancia que cualifica el régimen de responsabilidad de que nos ocupamos y que lo diferencia netamente del civil: el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración. A diferencia de lo que sucede en el artículo 1903 CC ("La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"), en el artículo 36 LRJSP no se prevé la exoneración de la Administración con fundamento en la prueba de que adoptó las medidas idóneas para prevenir el hecho causante del perjuicio (el acoso, en este caso). Ello se debe a que la responsabilidad de la Administración no se construye sobre la base de la culpa ni se achaca a la organización del ente público, sino que se predica de una conducta

servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso".

⁴⁷ Basta pensar en el artículo 1903 del Código Civil (CC en adelante).



ajena que se imputa con carácter objetivo a la Administración en que se integra el sujeto causante, esto es, se adopta un criterio organicista.

Entendido como antecede, ello condiciona decisivamente la línea de defensa. La Administración a la que se imputa responsabilidad por la conducta de la autoridad o empleado supuestamente autor de acoso puede tratar de acreditar la inexistencia de daño efectivo o de relación causa-efecto entre el daño y la actuación de sus sujetos dependientes, pero no le es dable intentar exonerarse con apoyo en que el responsable es el empleado público autor del acoso y que por lo que respecta al ente se aplicaron todas las medidas idóneas para evitar el acoso. La conducta del empleado o empleados se atribuye directamente a la Administración de forma comparable a la que se realiza de la actuación de sus órganos administrativos y, por ello, de modo que no cabe diferenciar una responsabilidad del empleado por el acoso y otra de la Administración por culpa in vigilando o defecto organizativo (como se plantea en la responsabilidad penal de las personas jurídicas), sino que la responsabilidad es una: la de la Administración manifestada en el comportamiento de su autoridad o empleado, sin perjuicio de que en un segundo estadio repita.

La responsabilidad es vicaria, pues Administración (persona jurídica) y autoridad o empleado (personas naturales) son sujetos distintos con personalidad jurídica propia, pero se presenta en la práctica como una responsabilidad propia de la primera, lo que plantea problemas de especial relevancia a que seguidamente nos referiremos. A tal punto llega la identificación de la conducta del empleado como conducta de la Administración que el artículo 36 LRJSP, precisamente porque no contempla, al menos desde la óptica del

reclamante, dos responsabilidades distintas, obliga al perjudicado a dirigir su reclamación necesariamente a la Administración ("exigirán directamente a la Administración Pública"), sin que le sea posible reclamar a la autoridad o empleado en exclusiva o conjuntamente con la Administración en que se integra⁴⁸. Ello diferencia sustancialmente este régimen respecto del civil y penal, en que la reclamación de responsabilidad se dirige contra todos los responsables, en atención a sus respectivos títulos de imputación⁴⁹.

De hecho, ni siquiera es necesario que queden perfectamente identificadas las personas naturales causantes del perjuicio. Al no dirigirse la responsabilidad contra esas personas sino contra la Administración, que está identificada, por actos de esas personas, basta con acreditar la realización de actuaciones constitutivas de acoso, con independencia de que concrete exactamente el autor de cada una.

⁴⁸ Al respecto, RECUERDA GIRELA, M.A. (director), Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016, pp.1193 y ss.

⁴⁹ Ahonda en la idea que se plantea el hecho de que parte de la doctrina haya mantenido que la responsabilidad civil de la Administración derivada de delito (prevista como subsidiaria en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, CP en adelante) es coincidente con la responsabilidad patrimonial de la Administración, CASINO RUBIO, M., Responsabilidad civil de la Administración y delito, Marcial Pons, Madrid 1998, pp.232 y ss.



Puede, sin embargo, identificarse un título de imputación de la Administración autónomo y distinto de la atribución de los hechos del causante del acoso y consistente en la omisión de su deber de vigilancia, defecto organizativo o tolerancia⁵⁰. En este caso el fundamento legal no se hallaría en el artículo 36 LRJSP, sino en el general del artículo 32.1 LRJSP⁵¹. Al apoyarse el título de imputación no en los hechos realizados por la autoridad o empleado público, sí cabría exonerar de responsabilidad a la Administración a través de la prueba de que no se ha omitido la diligencia exigible y que se han adoptado las medidas preventivas idóneas, sin perjuicio de que efectivamente haya podido producirse acoso, lo cual añade una vía de defensa, también referida a la inexistencia de antijuridicidad, a la refutación de la concurrencia de actos de acoso por la autoridad o empleado público.

A este respecto, se ha afirmado que la relación de causalidad exigible viene determinada por la aceptación por la Administración de la existencia de acoso laboral y que no cabe atribuirle responsabilidad si ha mostrado una "diligencia irreprochable" en el tratamiento de esta

⁵⁰ Así, en la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Valladolid, 2299/2014, de 14 de noviembre, se relaciona con el conocimiento por la Administración de la situación de acoso sin que se adoptaran medidas eficaces tendentes a ponerle fin.

⁵¹ De acuerdo con el cual: "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

cuestión⁵². Aunque se entiende el sentido último de esta argumentación (evitar la "directa atribución de responsabilidad a la Administración por el mero hecho de que agresor y agredido presten servicios para ella"), la construcción dogmática se antoja inadecuada⁵³. Si el

⁵² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.Ma., "El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Criterios de actuación y valoración", Revista Jurídica de Castilla y León, nº. 38, enero 2016, p.30.

⁵³ 53 *Ibídem*.

No desconocemos la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2012, que razona que "En cambio, tratándose de una omisión, no es suficiente una pura conexión lógica para restablecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que la Administración solo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión; en el supuesto de comportamiento omisivo no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y este dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar". (SSTS de 31 de marzo de 2014, rec. 3021/2011, FJ 3, y de 2 de junio de 2014, rec. 5112/2011, FJ 2)». Sin embargo, a pesar de que la Sentencia alude a la relación de causalidad, entendemos, por lo que se expone seguidamente, que no se trata de causalidad, sino de título de imputación.



apoyo de la responsabilidad patrimonial radica en la pasividad o defectuosa organización de la Administración (autorresponsabilidad), la observancia de la diligencia exigible no elimina el nexo de causalidad entre la práctica de acoso y la actuación administrativa, sino que supone la inexistencia de título de imputación, de funcionamiento de la Administración al que reprochar el daño⁵⁴. Y si el fundamento se localiza en la atribución de los perjuicios causados por sus autoridades o empleados (responsabilidad vicaria), la diligencia irreprochable no se presenta, a diferencia de lo que sucede con la actuación de la autoridad o empleado en el marco de la organización y funcionamiento de la Administración, como condición de atribución, sino, al igual que sucede en la responsabilidad penal de las personas jurídicas o civil, como eventual eximente o atenuante⁵⁵. El problema es, como ya se ha planteado, que la LRJSP, a diferencia del CC y del CP en el caso de las personas jurídicas, no contempla ese supuesto exonerante y que la configuración del régimen de responsabilidad (reclamación directa a la Administración sin posibilidad de dirigirse contra la autoridad o funcionario salvo en los casos de responsabilidad penal) refuerza su ausencia⁵⁶.

⁵⁴ En este sentido, en GONZÁLEZ PÉREZ, J., Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2012 (6ª edición), pp.449 y ss, se identifica como actuación determinante del daño la "no adopción de las medidas adecuadas".

⁵⁵ Acerca de los sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", InDret. Revista para el análisis del Derecho, n.º 1, 2012, pp.5 y ss.

⁵⁶Al respecto, se afirma en LÓPEZ GÓMEZ, A., "La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Un caso real sucedido en el ámbito disciplinario de los funcionarios de la administración local", El Consultor de los Ayuntamientos,

De hecho, si el título de imputación se sitúa en el defecto organizativo o pasividad de la Administración y no en la responsabilidad vicarial el modelo legislativo se revela especialmente inadecuado, ya que la existencia de diligencia exigible exoneraría de responsabilidad a la Administración e impediría que los agraviados sean indemnizados, ya que no existe posibilidad de accionar directamente contra ellos, pues la repetición, que corresponde a la Administración, está supeditada a la apreciación de responsabilidad de la Administración.

n.º 24, quincena del 30 de diciembre de 2015 al 14 de enero de 2016, edición digital, que "La responsabilidad administrativa se configura teóricamente como una responsabilidad objetiva, en cuyo nacimiento debe estar presente en cualquier caso una actuación o una omisión de la Administración pública. En la práctica, por el contrario, la jurisprudencia exige en ocasiones la existencia de alguna clase de culpa o negligencia, desvirtuando de esta forma la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa y requiriendo un plus de elementos que la normativa aplicable no contempla, de lo que se deriva una serie de pronunciamientos de injusto contenido, pues exoneran a la Administración, en perjuicio del afectado, del deber de indemnizar el daño causado, con base en la falta de concurrencia de esa culpa o negligencia no exigida por el legislador".

Merece la pena destacar la cuasi-objetividad con que opera la responsabilidad civil por delito del 120 CP, precisamente por omisión de circunstancias eximentes o moderadoras frente a la previsión del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (nótese que el precepto se refiere al no favorecimiento con dolo o negligencia, lo que apunta no a la no atribución de la conducta del menor sino a la moderación de la responsabilidad consiguiente).



Otro tanto sucede si la responsabilidad es vicarial y se permite que la diligencia exigible actúe como eximente. La "autorresponsabilidad" de la Administración con apoyo en su pasividad o defectuosa organización no evita, sin embargo, que la apreciación de responsabilidad por parte de ésta deba contar con un anclaje en actos u omisiones constitutivas de acoso. Dado que la responsabilidad patrimonial de la Administración exige como uno de sus requisitos la efectividad del daño (artículo 32.2 LRJSP), no cabe configurar la omisión de la diligencia exigible de manera abstracta, sino que debe concretarse en perjuicios causados a unos particulares determinados, lo cual reclama la concurrencia de acoso contra éstos. Por lo tanto, ya se acuda al artículo 36 LRJSP o al 32 de la misma norma, es condición inexcusable para establecer la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración que se concluya que el perjudicado ha padecido acoso a manos de autoridades o empleados de la Administración contra la que dirige su reclamación.

La perspectiva desde la que se aborda el acoso por autoridades o empleados es distinta en función de que la responsabilidad se residence en el artículo 32 o en el 36 LRJSP, pero en ambos casos el análisis es "prejudicial" respecto de la responsabilidad de la Administración. Ya se achaque directamente la responsabilidad por los actos de sus autoridades o empleados (artículo 36) o se reproche la pasividad o defectuosa organización (artículo 32), el objeto del procedimiento no es declarar la existencia de acoso por parte de unas personas naturales determinadas, sino la eventual responsabilidad de la Administración. Ciertamente en el primer caso la evaluación de la existencia o no de acoso se presenta más directamente relacionada con la cuestión controvertida, pero, tanto desde un prisma como otro, sin la constatación de acoso, no hay responsabilidad de

la Administración y sólo a partir de esa advertencia procederá examinar si concurren circunstancias (diligencia exigible) que eximan a la Administración, bien porque no concurre el título de imputación (artículo 32), bien porque opere como atenuante o eximente (artículo 36), si así se previera normativamente. Pero el examen es "prejudicial", lo que es sumamente trascendente.

3.2. Delimitación de los interesados.

El hecho de que la reclamación se dirige contra la Administración para reprocharle su responsabilidad patrimonial y exigirle la reparación procedente ha condicionado la identificación de los interesados en el procedimiento. Concretamente, el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre esta cuestión (Sentencia del Tribunal Constitucional 15/2016, de 1 de febrero), ha negado que concorra interés legítimo en la persona natural a la que se atribuye el acoso que lo habilite para personarse como interesado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al entender que "la declaración de responsabilidad de la Administración no comporta, automáticamente, beneficio o perjuicio alguno en su esfera jurídica". El razonamiento del Alto Tribunal cuenta con claro apoyo en la configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración que, como señala, ha pretendido centralizar las reclamaciones de indemnización dirigidas contra la Administración. Mas es justamente esa configuración la que evidencia las carencias y problemas que suscita en supuestos en que la persona o personas naturales a las que se atribuye el acoso están perfectamente identificadas.



Cuando la reclamación se fundamenta en la existencia de acoso pero el autor o autores (personas naturales) no están identificados (lo que no es necesario, como también advierte el Tribunal Constitucional), el régimen establecido no plantea problemas y cumple su misión: reparar (indemnizar, en definitiva) el daño padecido por un empleado de que debe responder la Administración, bien sea porque se le atribuyen directamente los actos de las autoridades o empleados (al margen de que no se haya identificado a éstos), bien sea por su pasividad o defectuosa organización. Al no haberse identificado a las personas naturales, no habrá lugar a la repetición prevista en el artículo 36.2 LRJSP, por lo que la depuración de la responsabilidad empieza y termina con la sustanciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La situación es muy distinta cuando sí se identifica a la persona o persona naturales a las que se atribuye el acoso. A dichas personas no se les permite personarse como interesados porque la reclamación no se dirige contra ellos, sino contra la Administración, de modo que los únicos interesados son el particular perjudicado y la Administración a la que se exige la reparación. Y ciertamente, en apariencia, la resolución que se dicte no afecta a la esfera jurídica del supuesto acosador, ya que ni se le puede condenar a indemnizar ni, en general, puede contener pronunciamiento dispositivo relativo a esa persona. Mas una conclusión como ésta resulta demasiado limitada en el análisis de la situación planteada.

La apreciación de la existencia de acoso es prejudicial, como advierte el Tribunal Constitucional, que precisamente por ello se preocupa de destacar que las afirmaciones de la resultancia fáctica referidas a la responsabilidad subjetiva de autoridades o personal de

la Administración no pueden acarrear un efecto positivo de cosa juzgada material, lo cual es completamente coherente con el objeto del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que es la responsabilidad de la Administración, no de sus autoridades o empleados. Pero es imposible obviar la relevancia que presenta la determinación de acoso por parte de personas naturales, pues es condición inexcusable para advertir la de la Administración⁵⁷. De hecho, es una cuestión que necesariamente debe abordarse como presupuesto del

⁵⁷En este sentido, señala la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH en lo sucesivo) de 6 de noviembre de 2018, asunto Vicente del Campo c. España, que "El Tribunal admite que el procedimiento de responsabilidad contra la administración pública contaba con características específicas que deben ser tenidas en cuenta. A pesar de ello, este Tribunal señala que el Tribunal Superior de Justicia no se limitó en su razonamiento a declarar la responsabilidad objetiva de la administración pública ni a concluir que la situación sufrida por la colega del demandante había constituido acoso laboral o que las autoridades educativas, a pesar de ser conscientes de la situación, no habían tomado medidas efectivas para prevenirla o ponerle fin. Fue más allá al afirmar que la conducta del demandante había supuesto un acoso psicológico reiterado. El Tribunal Superior de Justicia alcanzó dichas conclusiones mediante un análisis exhaustivo de los hechos y de las pruebas disponibles que identificaban al demandante indicando su nombre completo y otros datos relevantes".

Al respecto, CHAVES GARCÍA, J.R., "Estrasburgo cuestiona las garantías de los acosadores en las sentencias estimatorias de responsabilidad patrimonial", <https://delajusticia.com/2019/06/18/strasburgo-cuestiona-las-garantias-de-los-acosadores-en-las-sentencias-estimatorias-de-responsabilidad-patrimonial/>



establecimiento de la responsabilidad de la Administración, hasta el punto de que, si se concluye que no hubo acoso, no podrá declararse la responsabilidad de ésta. Esta prejudicialidad tan acusada se manifiesta igualmente con posterioridad, pues, si se aprecia acoso, el que se le niegue efecto de cosa juzgada material no evita el problema que plantea la existencia de una resolución administrativa en que, bien que con carácter prejudicial, se afirma su concurrencia y que expone a la censura extrajudicial a quien se ha visto señalado como acosador en ese procedimiento, así como que eventualmente existan dos resoluciones (la del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración y la del ulterior de repetición contra la autoridad o funcionario) con fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes⁵⁸.

Es cierto que esta problemática es común a todo supuesto en que existen pronunciamientos prejudiciales, mas no debe desdeñarse que la construcción del régimen de prejudicialidad está vinculada y condicionada por la trascendencia de la cuestión sujeta a esa valoración

⁵⁸ Señala la STEDH citada que "Además, este Tribunal señala que la descripción anterior respecto a la conducta del demandante en una sentencia autorizada probablemente tendría gran trascendencia por la manera en que se le estigmatizaba y podía afectar significativamente su situación personal y profesional, así como su honor y reputación. De hecho, el propio Tribunal Superior de Justicia reconoció en su auto de 2 de marzo de 2012 (véase el párrafo 13 supra) que en este tipo de procedimientos los funcionarios afectados eran identificables, su honor e integridad moral podían verse afectados, y que las decisiones administrativas o judiciales podían ser objeto de cobertura mediática".

prejudicial; de ahí la diferencia entre prejudicialidad suspensiva o no. Y en un caso como el examinado, en que la determinación de la existencia de acoso por personas concretas es tan marcadamente integrante (objeto principal) del ulterior procedimiento, resulta razonable demandar la sustanciación previa del de responsabilidad subjetiva previamente al examen de la objetiva de la Administración, al modo de lo que sucede de ser los hechos cometidos aparentemente constitutivos de delito.

El modelo que se sigue, sin embargo, no sólo no contempla la suspensión por prejudicialidad de la responsabilidad subjetiva de la autoridad o empleado público, sino que lo impide, ya que no existe la posibilidad de ejercitar acción directa contra esa autoridad o empleado (la reclamación debe dirigirse directamente contra la Administración) y es sólo la Administración, y únicamente para el caso de que se haya declarado su responsabilidad, la que puede proceder contra la autoridad o funcionario, una vez se ha decidido prejudicialmente sobre su responsabilidad. En su afán de dar una tramitación unitaria a la responsabilidad patrimonial de la Administración, se ha impedido la tramitación previa o simultánea de un procedimiento contra la autoridad o funcionario y se ha generado una situación de indefensión que, no obstante ser inexistente, en apariencia, a la luz del objeto del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo es de facto por las implicaciones o repercusión de éste en lo relativo a la responsabilidad subjetiva del empleado al que se identifica como acosador.



Ante un panorama como el expuesto, se plantean dos posibles vías para permitir que las autoridades o empleados identificados como supuestos acosadores puedan hacer valer sus alegaciones y medios de prueba antes de que se produzca una resolución administrativa y eventualmente judicial que, aunque sea prejudicialmente, les atribuya una conducta constitutiva de acoso.

Podría efectuarse una interpretación extensiva del interés legítimo y extenderlo, siempre en caso de que la reclamación de responsabilidad se funde en la actuación de autoridades o empleados identificados, a dichas personas, de forma que, con apoyo en la legitimación fundada en tal interés, puedan comparecer en el procedimiento y ejercitar los derechos aparejados a esa condición. Se trata, sin embargo, de una solución inapropiada, ya que supone desnaturalizar el sentido del interés legítimo, que se perfila en función de la pretensión sustanciada en el procedimiento, sea administrativo o judicial. A pesar de que la jurisprudencia no exige un interés actual, sino que basta uno futuro o potencial, no es menos cierto que la pretensión ejercitada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial se agota en dicho reconocimiento y las eventuales consecuencias posteriores son hipotéticas y no una consecuencia necesariamente derivada de la estimación de la reclamación.

La alternativa pasa por modificar el régimen normativo a fin de que la responsabilidad de la autoridad o funcionario no se determine en un procedimiento ulterior al destinado a establecer la patrimonial de la Administración sino con carácter previo o simultáneo al de ésta. Un modelo orientativo es el previsto para la

exigencia de responsabilidad a los contratistas⁵⁹. Dada la posible concurrencia de responsabilidad no sólo del contratista, sino también de la Administración contratante, se posibilita que ésta se pronuncie sobre a quién corresponde la responsabilidad y que dicha resolución se impugne tanto por el perjudicado como por el contratista. No deben pasarse por alto, sin embargo, las particularidades que se presentan en el caso de la responsabilidad por actos constitutivos de acoso.

⁵⁹ Dispone el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante):

"1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto".



El régimen de responsabilidad de la Administración contratante y del contratista se apoya en la concurrencia de distintos títulos de imputación (la ejecución, con carácter general, en el segundo, y las órdenes o vicios del proyecto en el caso de la primera), en tanto el régimen de responsabilidad patrimonial puede presentarse como una dualidad de títulos de imputación (causación directa por el acosador y defecto de organización o pasividad en la Administración), si se acude al artículo 32 LRJSP, o como una responsabilidad de distinto tipo (objetiva para la Administración y subjetiva para la autoridad o funcionario), si se hace el 36 LRJSP. De acudirse al primero, la Administración identificaría al responsable o responsables (autoridad o funcionario en exclusiva o junto con la Administración) y distribuiría la responsabilidad en función del título de imputación. De hacerse al segundo, la Administración, responsable en principio por la totalidad del daño causado, debería concretar la atribuible a la autoridad o funcionario en atención a los criterios del régimen subjetivo que configura el artículo 36 LRJSP al ocuparse actualmente de la repetición (resultado dañoso producido, grado de culpabilidad, responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y relación con la producción del resultado dañoso).

Asimismo se distinguen en el carácter facultativo del pronunciamiento de la Administración en el caso de la responsabilidad del contratista y el carácter obligatorio que tiene para el perjudicado en el supuesto de la responsabilidad por actos de autoridades o funcionarios. No habría impedimento, sin embargo, al mantenimiento de la exigencia de formular la reclamación a la Administración, frente a la posibilidad de proceder directamente contra el contratista, pues la particularidad

vendría dada por el pronunciamiento directo sobre la responsabilidad de ambos (Administración y autoridad o funcionario) y no en vía de repetición respecto de los empleados a los que se atribuya la conducta constitutiva de acoso.

Sí comparten, en cambio, la nota de especialidad que supone la presencia de una Administración Pública en la relación jurídica. En el caso de las autoridades o funcionarios éstos se integran en la Administración como conformadores de los órganos administrativos y en virtud de la relación de servicio, en tanto los contratistas se hallan sujetos a las prerrogativas de las Administraciones Públicas, y sólo de las Administraciones Públicas, que dispone el artículo 190 LCSP. Precisamente es la situación de preeminencia de la Administración la que hace factible establecer un régimen de responsabilidad en que sea la Administración la que, como ocurre en el marco de la contratación, se pronuncie sobre la existencia de responsabilidad y su atribución, sin perjuicio de que su decisión al respecto sea impugnabile por la totalidad de interesados (perjudicados y causantes del perjuicio).

3.3. Insuficiencia de la responsabilidad desde la óptica del acosado.

Por otra parte, la vía de la responsabilidad patrimonial es en gran medida insatisfactoria para el perjudicado. La finalidad del procedimiento es reparar el perjuicio sufrido, lo que pasa por la compensación sustitutoria (indemnización). El alcance de la reparación es necesariamente limitada porque, por su propia naturaleza, la indemnización pretende compensar los



padecimientos experimentados, mira al pasado. La "penalización" a la Administración, y eventualmente a las autoridades o empleados implicados, que comporta la determinación de responsabilidad patrimonial puede desplegar una cierta eficacia disuasoria, al revelar la existencia de acoso y desincentivar su continuidad o reiteración merced a la "amenaza" de que pueda ser nuevamente objeto de un pronunciamiento en sentido coincidente, pero, más allá de esta prevención especial, se advierte que la resolución administrativa o judicial no puede contener pronunciamientos adicionales distintos del relativo a la indemnización y destinados a asegurar que se adopten las medidas que pongan fin o prevengan la reiteración de la conducta. No es, por tanto, cauce adecuado para amparar la víctima de acoso y garantizar que se ponga fin a la situación de hostigamiento que padece.

A lo anterior se suma también la problemática que plantea el enjuiciamiento en el marco de la responsabilidad patrimonial de una conducta caracterizada por su continuidad, el acoso.

Por una parte, no se examina la responsabilidad aparejada a la anulación de uno o varios actos administrativos (contemplada en el artículo 32.1 LJRS), sino un conglomerado de actuaciones que incluyen actuaciones reflejadas en actos administrativos y acciones u omisiones puramente materiales. Al hallarnos en el ámbito administrativo, los actos administrativos se benefician de la presunción de validez propia de éstos (artículo 39.1 LPACAP), así como de las consecuencias del acto firme y consentido que impiden cuestionar su legalidad al margen de los procedimientos de impugnación o revisión. Aplicado en todo su rigor, ello impediría analizar aquellas actuaciones que no han sido impugnadas y que, por tanto, aparecen revestidas de

una apariencia de legalidad no desvirtuada a través del cauce oportuno. Y ello es relevante, por cuanto la jurisprudencia se ha mostrado opuesta al reconocimiento de responsabilidad por actuaciones no anuladas.

El problema es que la conducta determinante de la responsabilidad no se materializa en uno o varios actos concretos, sino que integra un cúmulo de actuaciones que, puntualmente consideradas, pueden ser correctas, o al menos aparentemente correctas o lo suficiente para no justificar su impugnación, pero que en la medida en que reflejen una pauta pueden ser reveladoras de acoso por el hostigamiento que comportan⁶⁰. De igual modo,

⁶⁰Circunstancia que también afecta a la prescripción, como se expone en la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Valladolid, 2299/2014, de 14 de noviembre: "En el presente caso no podemos obviar que la acción de responsabilidad patrimonial se fundamenta en una situación de acoso laboral o mobbing y que, como luego veremos, la doctrina ha venido unánimemente considerando como uno de sus elementos característicos el temporal o de habitualidad, en el sentido de que la conducta hostil debe ser sistemática y reiterada en el tiempo; dicho de otro modo, aunque los hechos sean leves aisladamente considerados, adquieren gravedad precisamente con la reiteración, excluyéndose por ello los hechos esporádicos. De ahí que en casos como el que ahora nos ocupa adquiera singular relevancia la teoría de la actio nata ya que la ilegitimidad del daño-y de los hechos que lo originan- sólo puede comprobarse tras dicha reiteración en el tiempo, tratándose pues de un genuino daño permanente cuyo alcance no se conoce por su destinatario hasta que no cesan sus efectos, momento a partir del cual comienza a correr el plazo anual para el ejercicio de la acción (...)".



se corre el riesgo de validar una conducta manifestada en distintos actos u omisiones al amparo de su falta de impugnación cuando ésta supone una exigencia demasiado onerosa (supondría reclamar del acosado que impugnara sistemáticamente todas las actuaciones aparentemente constitutivas de acoso). Para evitar esto se hace necesario arbitrar un marco de enjuiciamiento que se sustraiga a la omisión de impugnación de los actos concretos, aunque sin desdeñar el indicio que puede suponer que el supuesto acosado se haya aquietado a esos actos, para realizar un examen de conjunto⁶¹.

⁶¹ En este sentido, en la STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 478/2013, de 17 de junio, se desestima la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo invocada con apoyo en la firmeza de la resolución de cambio de puesto de trabajo, con fundamento en que "como que el hecho denunciado es una situación de acoso laboral, no puede declararse la inadmisibilidad del recurso por esta causa, pues el recurso debe analizar los hechos acaecidos durante un período de tiempo, y nada obsta por considerar que el mismo se inicia con un cambio de trabajo, aún cuando en aquel momento se consintiese". En la misma línea, razona la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Valladolid, 2299/2014, de 14 de noviembre, que "Sin embargo, y sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la valoración de los hechos y conductas enjuiciados, lo que en este proceso pretende el recurrente por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración no es, por así decirlo, que se le reintegre en su puesto de Jefe de Admisión, se le abone el importe de la productividad variable dejada de percibir, se le conceda un día de permiso o un periodo concreto de vacaciones -actuaciones que la Administración identifica como actos administrativos singulares no impugnados; el cese en 2005 sí fue recurrido-, sino que tales actos desplegados a lo largo del tiempo, unido al incumplimiento de la Administración de su posición de garante, globalmente valorados se

Y es el aquietamiento a las distintas manifestaciones de acoso por una parte puede ser muy revelador de una conducta torticera por parte del reclamante, pero tampoco puede otorgársele un valor absoluto de prueba de inexistencia de acoso. De igual manera que es posible que se acuda al procedimiento de responsabilidad patrimonial para plantear un escenario propicio al reclamante que soslaye su falta de reacción, precisamente por no concurrir acoso, no puede obviarse que el acoso, cuando realmente existe, es un fenómeno de extremada penosidad para quien lo padece y que puede ocasionar en éste una pasividad fruto del castigo psicológico que experimenta.

La otra cara de esta necesidad de examen de conjunto es la distorsión que entraña en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo (revisor, a pesar de todos los matices) este tipo de enjuiciamiento, de límites difusos, tanto temporal como materialmente. Al tratarse de una conducta continuada, no opera la prescripción que actúa como límite en otros ámbitos de responsabilidad patrimonial con perfiles también algo borrosos como es el sanitario (aunque no tanto, porque se debe identificar concretamente la acción u omisión a que se achaca la responsabilidad), y por venir dada por una pauta de conducta, más que por determinados actos, es imposible identificar a priori qué tipo de actuaciones u omisiones son indiciarias de acoso. Esos

reconozcan por su reiteración e intencionalidad como constitutivos de un daño antijurídico autónomo que por su propia naturaleza solo puede ser reparado a través del instituto de la responsabilidad patrimonial".



contornos vagos se prestan a un examen de tipo inquisitorial de la práctica de la Administración y de sus autoridades o funcionarios que bien puede ocultar un propósito espurio por el reclamante en ocasiones muy difícil de desmontar. Y, por si fuera poco, al enmarcarse este examen en la responsabilidad patrimonial, el análisis no se efectúa como cuestión principal, sino como uno de los presupuestos necesarios para que concurra la responsabilidad que se imputa, lo que contribuye aún más a desdibujar el objeto de la controversia.

Lo expuesto nos permite engarzar este análisis con el efectuado de los protocolos. No es posible, ni procede, constreñir la articulación de la reacción frente al acoso a un único tipo de procedimiento, pero sí es necesario, a fin de permitir un análisis detenido y exhaustivo de las circunstancias denunciadas, que existe un procedimiento debidamente regulado que permita canalizar las comunicaciones de supuestas situaciones de acoso. Sin ánimo de exclusividad, pero sí de generalidad, este procedimiento debe estar llamado a garantizar un estudio adecuado y garantista de la situación planteada que, además de permitir reaccionar tempranamente a los casos de acoso detectados, permita reorientar a otras vías de solución aquellos supuestos de conflictividad laboral y que facilite el enjuiciamiento en el eventual procedimiento de responsabilidad patrimonial y se erija en indicio destacado de ausencia de acoso (aunque nunca de prueba plena) en caso de no promoción a través de la pertinente denuncia.

Bibliografía:

- ÁLVAREZ LOSA, C. Y GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., "Consideraciones acerca del acceso por el interesado al expediente administrativo en procedimientos

selectivos", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n.º 57, enero/diciembre 2015, pp.13-44.

- CARMONA SALGADO, C., Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso. Aspectos criminológicos, político criminales, sustantivos y procesales, Dykinson, S.L., Madrid 2017.

- CASINO RUBIO, M., Responsabilidad civil de la Administración y delito, Marcial Pons, Madrid 1998.

- CHAVES GARCÍA, J.R., "Estrasburgo cuestiona las garantías de los acosadores en las sentencias estimatorias de responsabilidad patrimonial", <https://delajusticia.com/2019/06/18/strasburgo-cuestiona-las-garantias-de-los-acosadores-en-las-sentencias-estimatorias-de-responsabilidad-patrimonial/>

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", InDret. Revista para el análisis del Derecho, n.º 1, 2012.

- DOGANOC DE LEÓN, M., "Orden jurisdiccional competente en materia de acoso laboral a un funcionario público", Actualidad Administrativa, n.º 9, septiembre 2017, edición digital.

- ESCUDERO MORATALLA, J.F. Y POYATOS MATAS, G., "Acoso laboral: diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción", Actualidad Laboral, n.º 47/48, quincena del 15 al 28 de diciembre de 2003, edición digital.

- GALLARDO CASTILLO, M.J., Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J., Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2012 (6ª edición).



- LÓPEZ GÓMEZ, A., "La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Un caso real sucedido en el ámbito disciplinario de los funcionarios de la administración local", El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 24, quincena del 30 de diciembre de 2015 al 14 de enero de 2016, edición digital.
- MARCOS GONZÁLEZ, J.I. (coordinador), La tutela frente al acoso moral: laboral, escolar, familiar e inmobiliario. Del Silencio a la Palabra de Ley Penal, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a., "El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Criterios de actuación y valoración", Revista Jurídica de Castilla y León, n.º. 38, enero 2016.
- MORATO GARCÍA, R.M., "Principales vías de tutela frente al acoso moral en el trabajo y su problemática jurídica", Trabajo y Derecho, n.º 37, enero 2018, edición digital.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "El mobbing en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa", Diario La Ley, n.º 7612, 15 de abril de 2011, edición digital.
- PINUAGA DUCE, A., "El acoso laboral en las administraciones públicas, estado de la situación y posibles salidas", El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 9, quincena del 15 al 29 de mayo de 2012, edición digital.
- RECUERDA GIRELA, M.A. (director), Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016.
- RENEDO JUÁREZ, M.J., "El acoso laboral en el sector público y su regulación en el espacio europeo", Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 48, mayo 2019, pp.7-41.

- RODRÍGUEZ DUQUE, F., "El mobbing de los funcionarios en la jurisprudencia más reciente", El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 8, agosto 2019, edición digital.
- ZABALA GUADALUPE, J.J. (director), Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones Públicas, Thomson Reuters/Aranzadi, Ciz



LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: LA ADJUDICACIÓN DIRECTA COMO ALTERNATIVA AL CONCIERTO SOCIAL

D^a Arantza Martín Egaña

Subdirectora de contratación del Servicio Riojano de Salud. Adjunta a la D.G. Contratación del Ayto. de Logroño en asignación de servicios especiales

Resumen: La figura del concierto social, introducida por la mayoría de las CCAA en sus legislaciones como instrumento no contractual expresamente reconocido en la Disposición Adicional 49^a LCSP para la gestión de los denominados "servicios a las personas", se ha revelado como la mejor fórmula para la prestación de estos servicios de interés general por su capacidad para cohonestar sus especiales características con los principios que deben presidir su actuación, asegurando tanto una respuesta eficaz a la satisfacción de necesidades sociales de colectivos desfavorecidos, como la garantía de una atención personalizada e integral. Se trata, por tanto, de una figura con innegables virtudes, tanto por la calidad, estabilidad y continuidad que ofrece a los usuarios de los servicios, a los que implica, además, en la toma de decisiones, como por su flexibilidad, eficacia y competitividad. El principal problema se plantea en aquellos casos en los que no existe normativa autonómica de desarrollo, lo que obliga a analizar otras

posibles soluciones para la adjudicación de este tipo de prestaciones, como alternativa al concierto, en tanto se aprueba el correspondiente desarrollo autonómico.

Abstract: The figure of social concertation, introduced into most of the autonomous regions legislation as a non-contractual instrument expressly recognized in the Additional Provision 49th of LCSP, in order to manage what it is called "services to people", has proved to be the best formula for providing this kind of services of general interest, due to its capacity to explain away its special features and the principles which must govern its action, ensuring both effective response to satisfy social needs of disadvantaged groups, and guarantee of personalized and integral attention. It is therefore a figure with undeniable virtues, both for its quality, stability and continuity, offered to those who make use of these services, also involving them in decision-making, and for its flexibility, effectiveness and competitiveness. The main problem arises in cases where there are no regional development regulations, thus making it necessary to analyze other possible solutions to allocation of these type of benefits, as an alternative to social concertation, pending adoption of corresponding regional development.

Palabras clave: "servicios a las personas", "modalidad no contractual", "concierto social", "comedor social", "reserva de contratos", "negociado sin publicidad", "consulta preliminar".

Keywords: "services to people", "non-contractual mode or modality", "social concertation", "social dining",



“reservation of a contract”, “negotiated procedure without advertising”, “preliminary consultation”.

SUMARIO:

1 INTRODUCCIÓN. 2 LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: RÉGIMEN JURÍDICO. 2.1 “SERVICIOS A LAS PERSONAS”: CARACTERIZACIÓN. 2.2 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PRESTACIÓN DE ESTOS SERVICIOS. 2.3 MODALIDADES DE ARTICULACIÓN. 2.3.1 FÓRMULAS CONTRACTUALES. 2.3.1.1 RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONTRATOS DE SERVICIOS O CONCESIONES DE SERVICIOS ESPECIALES. 2.3.1.2 RESERVA DE CONTRATOS. 2.3.2 FÓRMULAS NO CONTRACTUALES: ACCIÓN CONCERTADA O CONCIERTO SOCIAL. 3 ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE CONCIERTO SOCIAL. 3.1 CONCEPTO Y ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONCIERTO SOCIAL. 3.2 OBJETO Y PRINCIPIOS DEL CONCIERTO SOCIAL. 3.3 REQUISITOS DE ACCESO AL RÉGIMEN DE CONCIERTO SOCIAL. 3.4 PROCEDIMIENTO DE CONCERTACIÓN Y CRITERIOS DE PREFERENCIA. 3.5 CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES. 3.6 CONTROL DE LOS SERVICIOS CONCERTADOS. 3.7 RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN. 3.8 RECAPITULACIÓN. 4 DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: ESTUDIO DE UNA SOLUCIÓN VALLE A LA ESPERA DEL CORRESPONDIENTE DESARROLLO AUTONÓMICO. 4.1 ANTECEDENTES. 4.2 SITUACIÓN ACTUAL. 4.3 POSIBLES SOLUCIONES: JUSTIFICACIÓN DE SU VIABILIDAD JURÍDICA. 4.3.1 RESERVA DE CONTRATOS (D.A. 48º LCSP). 4.3.2 ADJUDICACIÓN DIRECTA. 4.3.3 CONSULTA PRELIMINAR AL MERCADO. 5 CONCLUSIONES. 6 BIBLIOGRAFÍA

1 INTRODUCCIÓN

Los denominados “servicios a las personas” pueden definirse como aquellas actividades de interés general, esenciales para satisfacer las necesidades básicas de la población, en cuya organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social frente al de eficiencia económica. Por ello, deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad en la atención, transparencia y calidad.

Teniendo en cuenta que los clásicos procedimientos de contratación utilizados para la adjudicación de estos servicios nunca han mostrado un encaje perfecto ni con sus especiales características ni mucho menos con los principios que deben inspirar su organización, tanto la normativa europea como el derecho interno reconocen la posibilidad de organizar este tipo de prestaciones de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos. Por tanto, la aplicación de la normativa de contratación pública no es la única opción que tienen los Estados miembros para la gestión de los llamados “servicios a las personas”.

En consecuencia, la figura del concierto social, cuyos contornos han sido definidos a partir de la jurisprudencia del TJUE, ha sido introducida por la mayoría de las CCAA en sus legislaciones como instrumento no contractual para la prestación de este tipo de servicios, al amparo de la Disposición Adicional 49ª LCSP.

Se trata de una fórmula cuya principal virtud radica en su capacidad para cohesionar las especiales características de los servicios a las personas con los principios que deben presidir su organización, como son



la atención personalizada, e integral, el arraigo de la persona en su entorno social, la continuidad en la atención y la calidad, garantizando una actuación eficaz y una adecuada respuesta a las necesidades que precisan las personas en situación de vulnerabilidad. Además, permite reconocer el papel fundamental que las entidades sin ánimo de lucro vienen realizando en la gestión de este tipo de prestaciones, tanto por su enorme aportación de recursos humanos, económicos y materiales, como por su amplia experiencia, contribuyendo, de esta forma, a la mejora continua de la atención especializada a las personas usuarias.

Su principal inconveniente, no obstante, es que requiere del pertinente desarrollo autonómico, sin el cual no es posible su implementación.

Partiendo de este importante escollo, y precisamente para resolver el problema provocado por la imposibilidad de utilizar la figura del concierto social para la adjudicación de este tipo de servicios por no contar con la imprescindible legislación autonómica de desarrollo, se plantea el presente trabajo en el que, tras estudiar el régimen jurídico específico aplicable a los "servicios a las personas" conformado por la normativa europea, la jurisprudencia comunitaria y el derecho interno (capítulo 2), realizar un pormenorizado análisis comparado de la legislación dictada por las distintas CCAA en materia de acción concertada (capítulo 3), y mantener reuniones periódicas con todas las partes interesadas, se ofrecen distintas alternativas para solucionarlo. El resultado obtenido tras la utilización de una herramienta tan potente como eficaz será determinante para la elección del planteamiento finalmente aplicable (capítulo 4).

Por último, se formulan una serie de conclusiones (capítulo 5) que se infieren de la investigación realizada conforme a la metodología expuesta.

2 LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: RÉGIMEN JURÍDICO

2.1 “SERVICIOS A LAS PERSONAS”: CARACTERIZACIÓN

A la hora de delimitar el concepto de los llamados “servicios a las personas” nos topamos con serias dificultades puesto que no encontramos una definición clara de los mismos ni en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que se limita a señalar en su Considerando 114 que podemos englobar dentro de dicha denominación a “ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos”, ni en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), que en su exposición de Motivos, únicamente incorpora al mencionado listado los servicios farmacéuticos.

La Comisión Europea, por su parte, tampoco alude con carácter general a los servicios a las personas, refiriéndose únicamente en su Comunicación de 26 de abril de 2006 (*Aplicación del programa comunitario de Lisboa- Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*), a cierta clase de ellos, los servicios sociales, definiéndolos como aquellos servicios de interés general que ocupan un lugar específico como pilares de la sociedad y la economía europeas, tanto por su contribución a varios objetivos y valores esenciales de la Comunidad (un alto nivel de empleo y de protección social, un elevado nivel de protección de la salud



humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial), como por el carácter vital de las necesidades que han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales como la dignidad y la integridad de la persona. Debido a este carácter, al ejercer su misión de interés general, los servicios sociales presentan una o varias de las siguientes características organizativas¹:

a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;

b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;

c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;

d) participación de voluntarios y benévolos, expresión de una capacidad ciudadana;

e) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite

¹ Así lo ha venido recordando la Comisión Europea en la Comunicación de la Comisión *-Aplicación del programa comunitario de Lisboa- Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*, de 26 de abril de 2006, COM(2006) 177 final.

tener en cuenta las necesidades específicas de este último;

g) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación “normal” de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

Teniendo en cuenta estas particularidades, que aunque referidas exclusivamente a los servicios sociales, considero aplicables también a los servicios sanitarios y educativos, podemos definir los llamados “servicios a las personas” como aquellas actividades de interés general que son esenciales para satisfacer las necesidades básicas de la población y garantizar el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, contribuyendo a la mejora continua de la atención especializada a las personas usuarias, y favoreciendo elevados niveles de protección social.

Se trata, por tanto, de servicios que tienen como eje central a la persona, y en cuya organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social frente al de eficiencia económica. Por ello, deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad en la atención, transparencia y calidad².

² En esos términos se ha manifestado DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA (2019): “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”, Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2019), Vol. Nº 50.



Cuando se trata de este tipo de servicios, la mayoría de la doctrina considera que la eficiencia no puede ser interpretada exclusivamente en clave económica, sino que debe velarse por garantizar un adecuado estándar de calidad en la prestación de los mismos³.

En este contexto, la experiencia de las entidades que han venido encargándose de la ejecución de estas actividades de interés general resulta fundamental para garantizar la calidad asistencial y la sostenibilidad del sistema, aportando un valor añadido a la gestión de este tipo de servicios y una mejor protección social.

Por ello, las entidades sin ánimo de lucro, que constituyen el tercer sector de acción social, en tanto organizaciones regidas por el principio de solidaridad, van a gozar, como veremos, de un papel fundamental como agentes colaboradores con la Administración en la prestación de los servicios a las personas, no sólo por la mejora continua en la atención a las personas beneficiarias, sino por la calidad de los recursos que ofertan, asegurando una respuesta eficaz a la satisfacción de las necesidades sociales y la garantía de una atención personalizada e integral.

2.2 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PRESTACIÓN DE ESTOS SERVICIOS

Una vez definidos los servicios a las personas en los términos expuestos, es necesario precisar su régimen jurídico.

³ Así lo ha advertido el profesor GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019), Capítulo 6.2: "Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de los servicios locales" del Vol. Col. *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, LRJSP y la LRSAL-VV.AA.*, Editorial Wolters Kluwer, abril 2019 (págs. 689 a 710).

En este sentido, es menester señalar que los Estados miembros tienen competencia para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico sin que ello afecte a las disposiciones de los Tratados. Así lo ha reconocido tanto el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo número 26, interpretativo de sus disposiciones, como el Considerando número 6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que recuerda esto mismo para los servicios sociales, aclarando expresamente que los que sean de interés general y no económicos, deben quedar excluidos de su ámbito de aplicación.

La peculiaridad de la gestión de los servicios a las personas ha sido reconocida, por tanto, por la propia Comisión Europea y se ha visto plasmada en la aprobación de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que establecen nuevas posibilidades respecto de la organización de estos servicios.

Teniendo en cuenta las especiales características de este tipo de prestaciones, y, en concreto, su dimensión transfronteriza limitada, se establece para ellas un régimen de contratación particular, alejado de una perspectiva puramente mercantil o económica, que garantice tanto la consecución de los valores y principios propios de estos servicios, como la satisfacción de las necesidades específicas de los usuarios. Así se deduce de los Considerandos 6, 28, 114 y 118, y artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE.

La articulación de este régimen específico para los llamados “servicios a las personas” se encuentra



plenamente justificada por tratarse de servicios que, por su propia naturaleza, se prestan en un contexto particular, distinto en cada Estado miembro, dadas las diferentes tradiciones culturales, motivo por el cual debe establecerse un umbral más elevado que el que se aplica al resto de servicios (750.000 €, tal y como establece el artículo 4 d) de la Directiva 2014/24/UE, y en los mismos términos el artículo 22.1 c) LCSP, frente a los 221.000 € con carácter general).

De esta forma, los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral, están sometidos a normas de transparencia en toda la Unión, teniendo los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la elección de los proveedores de los mismos, al imponerles únicamente la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato, y permitirles la aplicación en dicha elección, de criterios de calidad específicos.

Por el contrario, los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral, no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, por lo cual *“los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales **de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos**, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”*.

Así lo ha manifestado el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE⁴, dejando claro que la aplicación de la

⁴ Y en los mismos términos, la Enmienda número 907 al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público firmada por

normativa contractual no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas.

En los mismos términos se expresa la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público respecto de ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos y educativos, que no requieren la celebración de contratos públicos. Pese a ello, sorprende comprobar que dicho catálogo no se traslada después al articulado de la LCSP, puesto que el supuesto de exclusión previsto en el artículo 11.6 LCSP se refiere únicamente a los servicios sociales.

No obstante, y pese a la discrepancia advertida, coincido plenamente con Bernabé PALACÍN SÁENZ cuando afirma que *"a la vista de la jurisprudencia del TJUE, de los considerandos (6) y (114) de la Directiva 2014/24/UE, y de la finalidad expresada en la exposición de motivos de la LCSP 2017, puede mantenerse igualmente la no necesidad de celebrar contratos públicos cuando se trate*

Francesc Homs Molist del Grupo Parlamentario Mixto, cuyo texto, pese a que finalmente no fue incorporado a la LCSP, resulta especialmente clarificador del diferente régimen jurídico de los servicios a las personas en función del umbral de regulación armonizada (*"..... se plantea un doble sistema, según los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos se hallen o no por encima del umbral de regulación armonizada, ya que las Directivas dejan establecido de forma muy clara que aquellos servicios sociales por importe superior a 750.000 euros deben adjudicarse a través de —y con la categoría de— contratos públicos, mientras que los de importe inferior pueden quedar excluidos de la legislación y la clasificación como contratos públicos*).



de aquellos servicios sanitarios y educativos, por debajo del umbral armonizado⁵."

De la regulación expuesta, se desprende, por tanto, un régimen complejo, en función de que nos encontremos ante contratos que tengan por objeto servicios sociales y otros específicos del Anexo IV de la LCSP (Anexo XIV de la Directiva) sujetos a regulación armonizada, cuyo umbral sea igual o superior a 750.000 € para los contratos de servicios (artículo 22 LCSP) y de 5.225.000 € para las concesiones de servicios (artículo 20.1 LCSP), o contratos no sujetos a regulación armonizada, por debajo de dichos umbrales.

Los contratos de este tipo de servicios que superen el referido umbral están sujetos a la Directiva y a la LCSP, y por tanto, a procedimientos contractuales. Por el contrario, tratándose de servicios sociales por debajo del umbral señalado, pueden articularse procedimientos no contractuales, si bien se precisa la existencia de una norma autonómica, tal y como prevé la Disposición Adicional 49ª de la LCSP, puesto que son las CCAA las que ostentan la competencia para la gestión de estos servicios.

2.3 MODALIDADES DE ARTICULACIÓN

La aplicación de la normativa de contratación pública, como ya hemos advertido, no es la única opción que tienen los Estados miembros para la gestión de los servicios a las personas, ya que tanto el derecho europeo como el derecho interno reconocen la posibilidad de organizar este tipo de servicios de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos.

⁵ PALACÍN SÁENZ, BERNABÉ (2017): "Novedades en los contratos de obras, servicios y suministros. Los contratos de servicios a las personas", El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 23/2017, de 15 de diciembre.

En este sentido, la Disposición Adicional 49ª de la LCSP permite que las CCAA legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social. Y así lo han hecho muchas de ellas, tal y como veremos al analizar la legislación autonómica dictada al respecto.

Esta posibilidad de arbitrar fórmulas no contractuales, es precisamente eso, una mera posibilidad, que, por tanto, no excluye la tramitación de un procedimiento de contratación sometido a la Ley, si así se decidiera por el órgano de contratación, para la adjudicación de servicios sociales por debajo del umbral señalado.

En consecuencia, los Estados miembros tienen libertad para elegir la forma de organización y prestación de estos servicios, pudiendo optar por fórmulas contractuales, o no contractuales, si bien no se trata de una libertad ilimitada de decisión, puesto que está condicionada al cumplimiento de los principios de transparencia y no discriminación⁶.

2.3.1 Fórmulas contractuales

Los contratos que tengan por objeto servicios sociales y otros específicos del Anexo IV de la LCSP (Anexo XIV de la Directiva) cuyo valor estimado sea igual o superior a 750.000 €, tal y como ha quedado expuesto, deben necesariamente adjudicarse siguiendo el procedimiento especial previsto a tal efecto en la LCSP, procedimiento que podrá también ser utilizado cuando se trate de

⁶ Así lo ha entendido VÁZQUEZ MATILLA, JAVIER (2018): "La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública", *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Vol. Nº 158.



servicios por debajo de dicho umbral, si así lo decidiera el órgano de contratación.

Dada la naturaleza de este tipo de prestaciones, cuyas características han sido definidas en el apartado 1 del presente epígrafe, es obvio que nos encontramos ante contratos de servicios en los términos dispuestos en el artículo 17 de la LCSP, por lo que resultará de aplicación, o bien el régimen jurídico previsto para los contratos de servicios o concesiones de servicios, siempre que en este último caso exista un traslado del riesgo operacional al concesionario que suponga una exposición real a las incertidumbres del mercado de acuerdo con lo señalado en el artículo 14.4 LCSP (en los mismos términos los considerandos 18 y 20 de la Directiva 2014/23/UE), o bien el régimen previsto en la Disposición Adicional 48ª LCSP sobre reserva de contratos.

Por tanto, son dos las posibilidades que ofrece la LCSP para la adjudicación de este tipo de servicios por encima del referido umbral:

- Régimen aplicable a los contratos de servicios o concesiones de servicios especiales.
- Reserva de contratos

2.3.1.1 Régimen aplicable a los contratos de servicios o concesiones de servicios especiales.

La LCSP, en coherencia con lo dispuesto en el considerando 114 de la Directiva, y teniendo en cuenta las singularidades de los servicios en cuestión, establece un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, que se distingue del general por las siguientes especialidades recogidas de forma dispersa a lo largo del articulado de la Ley:

- Se aplica únicamente a aquellos servicios individualizados en el Anexo IV LCSP, y en los Anexos

IV, XIV y XVII de las Directivas europeas 23, 24 y 25 de 2014, respectivamente;

- Umbral especial para los contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: 750.000 euros (art. 22.1.c).

- La duración de los contratos es distinta según nos encontremos ante un contrato de servicios (en general o de servicios a las personas), un contrato de concesión de servicios o un contrato especial de los recogidos en el Anexo IV.

Con carácter general se establece un plazo máximo de duración de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas, para los contratos de servicios de prestación sucesiva (artículo 29.4 LCSP), si bien excepcionalmente, se podrá establecer un plazo de duración superior cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

No obstante, en los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas podrá establecerse un plazo de duración mayor cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente.

Tratándose de contratos de concesión de servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.6 LCSP, tendrán un plazo de duración limitado, que se calculará



en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. En los mismos términos se expresa el artículo 18 de la Directiva de Concesiones, puntualizando el Considerando 52 de dicha Directiva que con esta previsión se pretende evitar el cierre del mercado y la existencia de restricciones injustificadas a la libre competencia derivadas de la determinación de un plazo excesivo de vigencia del contrato.

- En contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.1 párrafo segundo LCSP, el órgano de contratación, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía definitiva.

- El artículo 131.2 LCSP exige la utilización del procedimiento restringido para la adjudicación de los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV.

Por su parte, el párrafo 4 del citado precepto exime de la aplicación de las disposiciones de la Ley relativas a la preparación y adjudicación de los contratos en aquéllos que tengan por objeto la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros. Para proceder a la contratación en estos casos bastará con que, además de

justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución.

- En los contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV la convocatoria de licitación se realizará en todo caso mediante el anuncio de información previa (artículo 135.5 LCSP), que podrá abarcar un plazo superior a 12 meses, tal y como señala el artículo 134.6 párrafo segundo.

-El artículo 145.3 LCSP exige para estos contratos la aplicación de más de un criterio de adjudicación, concretando en su párrafo g) que en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación (artículo 145.3 g).

-Por su parte, el artículo 167 f) LCSP permite la utilización del procedimiento de licitación con negociación cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio.



- El anuncio de información previa de las concesiones de servicios especiales del anexo IV se publicará en el DOUE y en el perfil del contratante (DA 36ª).

- Por último, la Disposición Adicional 47ª LCSP, regula en los mismos términos que el artículo 76.2 de la Directiva 2014/24/UE los principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV, señalando que *“los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio.”*

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 76.2, concreta los criterios de calidad y de sostenibilidad que podrán utilizarse en la adjudicación de los contratos de servicios sociales, refiriéndolos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

Además de estas singularidades, en opinión de José María GIMENO FELIÚ *“resulta posible (y muy conveniente) la articulación de un procedimiento “especial” de contratación donde podrían tenerse en cuenta aspectos tales como: la especial valoración de la solvencia de las empresas licitadoras; la determinación de criterios de adjudicación que pongan en valor la*

calidad/precio; la necesaria regulación de supuestos de anormalidad en estos contratos (tanto de la oferta técnica como de la económica) y la determinación de condiciones especiales de ejecución, en concreto, prohibición de "deslocalización" de servicios que pretendan una precarización laboral, y fijación de una retribución mínima que preserve la calidad del servicio y evite la conflictividad laboral⁷.

2.3.1.2 Reserva de contratos:

Esta posibilidad se halla regulada en la Disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP de forma idéntica a lo previsto en el art. 77 de la Directiva 2014/24/CE.

Dicho precepto permite reservar a determinadas organizaciones, empresas de inserción y centros especiales de empleo (en ambos casos, "de iniciativa social"), el derecho a participar en los procedimientos de licitación que se convoquen para la contratación de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV (Anexo XIV de la Directiva) bajo determinados códigos CPV, siempre que dichas organizaciones cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero.

⁷ GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019) Ob. Cit. página 3 (págs. 689 a 710).



b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.

c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.

d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

Se establece, en este caso también, un plazo específico de duración máxima de este tipo de contratos, que no excederá de tres años.

De esta forma, se posibilita, por tanto, la reserva de los contratos citados a determinadas organizaciones sin ánimo de lucro, si bien, deberá articularse un procedimiento de contratación de los previstos en la LCSP entre todas aquéllas que cumplan los requisitos acumulativos señalados.

La reserva de contratos, pese a ser una oportunidad que ofrece la Ley para reforzar el papel de la contratación pública como herramienta para la consecución de políticas sociales, es una figura escasamente utilizada. Teniendo en cuenta las ventajas que lleva aparejadas, considero que debería potenciarse su uso, ya que no supone mayor coste para la Administración y permite la obtención de beneficios sociales y de empleo derivados de la actividad desarrollada por las empresas de inserción y los centros de empleo de iniciativa social con los colectivos con los que trabajan⁸.

⁸ Así lo ha entendido MENDOZA JIMÉNEZ JAVIER (2019): "Los contratos reservados, política social a coste cero",

2.3.2 Fórmulas no contractuales: Acción concertada o Concierto social.

Analizadas las fórmulas contractuales, sus especialidades, y su modalidad de reserva a favor de organizaciones sin ánimo de lucro que cumplan los requisitos previstos en la Disposición Adicional 48ª, es preciso fijar la atención en otras fórmulas que no reúnen las características propias de la relación contractual, prevista en la LCSP y que, sobre la base de lo expuesto pueden extraerse de su régimen jurídico.

En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, admitiendo excepciones al principio de libre competencia en favor de entidades sin ánimo de lucro siempre que se cumplan una serie de condiciones que han sido perfiladas a través de tres sentencias paradigmáticas, cuyo contenido va a ser objeto de análisis en este apartado.

Por otra parte, el considerando 114 de la Directiva, como ya hemos señalado, permite la utilización de fórmulas no contractuales para la organización y gestión de los servicios a las personas por debajo del umbral comunitario. Con base en dicho considerando, la LCSP, en su Disposición Adicional 49ª habilita a las CCAA para la articulación de este tipo de instrumentos, siempre que no existan límites ni cuotas y se garantice una publicidad suficiente.

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y las regulaciones, europea, a través de las Directivas de contratación, de derecho interno, a través de la LCSP, y de desarrollo autonómico, sobre la base de la Disposición



Adicional 49ª, las posibilidades que existen para la articulación de este tipo de servicios al margen de la relación contractual son los llamados acuerdos de acción concertada o conciertos sociales.

Tradicionalmente, los poderes adjudicadores, como alternativa a la gestión directa, han venido organizando la prestación de los servicios a las personas a través de fórmulas contractuales, generalmente mediante contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de "concierto" o "concesión", si bien la aplicación de los clásicos procedimientos de contratación nunca ha mostrado un encaje perfecto ni con las especiales características de este tipo de servicios, que requieren una actuación eficaz y eficiente que garantice una adecuada respuesta a las necesidades que precisan las personas en situación de vulnerabilidad, ni mucho menos con los principios que deben presidir la gestión de este tipo de prestaciones, como son la atención personalizada e integral, el arraigo de la persona en el entorno de atención social, la elección de la persona y continuidad en la atención, y la calidad. Todo ello ha dificultado que en la organización de estos servicios de interés general pudieran participar, en mayor medida, las entidades sin ánimo de lucro.

Teniendo en cuenta la falta de claridad de la normativa contractual y sus carencias para dar respuesta a la gestión de estos servicios, la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha reconocido la figura de los conciertos sociales al sancionar expresamente en su disposición adicional 49ª la competencia legislativa de las comunidades autónomas para articular instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, al mismo tiempo que en el apartado sexto del artículo 11 los excluye de su ámbito de aplicación, siempre que dicho

sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Se exige, por tanto, previsión legal expresa por parte de las CCAA, puesto que éstas han asumido competencias exclusivas en materia de Servicios Sociales.

Tal y como vamos a analizar en el epígrafe siguiente, numerosas CCAA, algunas incluso antes de la promulgación de la LCSP, y con base en la jurisprudencia y en las Directivas Comunitarias, adoptaron en sus legislaciones este tipo de instrumentos organizativos, motivo por el cual se ha calificado a dicha normativa autonómica como de adelantada a la legislación estatal⁹. De acuerdo con lo dispuesto en las distintas regulaciones autonómicas de desarrollo podemos definir la acción concertada o el concierto social como *“aquel instrumento organizativo por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos.”*

El concierto social debe servir para la consecución de una mayor protección social a las personas y para dotar de mayor calidad, estabilidad y continuidad al conjunto de servicios a las personas, reconociendo el papel esencial de las entidades sin ánimo de lucro en la prestación de estos servicios, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El procedimiento para la formalización estos acuerdos de acción concertada podrá realizarse, previa declaración

⁹ Así lo ha entendido MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2017) en el marco de la Ponencia “Novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público” en el VIII Seminario de Contratación Pública en Formigal (Huesca), 20 a 22 de septiembre de 2017.



de entidad apta para la concertación social, a través de alguna de las siguientes modalidades:

- En régimen de libre concurrencia a través de la valoración de las solicitudes admitidas de acuerdo a los criterios de adjudicación y de preferencia, en caso de empate.
- Mediante adjudicación directa y sin publicidad a entidades sin ánimo de lucro, posibilidad ésta avalada por la jurisprudencia del TJUE en las Sentencias de 17 de junio de 1997, Sodemare, asunto C-70/95, de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale nº 5 "Spezzino" y otros, asunto C-113/13, y de 28 de enero de 2016, Casta y otros, asunto C-50/14).

Dado que el procedimiento de concertación en régimen de libre concurrencia va a ser analizado en el capítulo siguiente al estudiar la legislación autonómica dictada en la materia, vamos a centrarnos ahora en la modalidad de acción concertada mediante adjudicación directa.

En este sentido, es preciso señalar que el Derecho Europeo permite la posibilidad de adjudicar directamente, sin ningún tipo de publicidad, la prestación de servicios de interés general de atención directa a las personas a entidades sin ánimo de lucro, siempre que el marco en el que desarrollen su actividad contribuya a las finalidades de solidaridad y eficacia presupuestaria, y no comporte una alteración de la competencia.

La observancia de los principios de solidaridad y de eficacia presupuestaria constituye, por tanto, el principal fundamento para excepcionar la aplicación de la normativa sobre contratos públicos, excepción, que requiere, el cumplimiento previo de dos requisitos:

a) Un requisito objetivo: que se trate de servicios contemplados en el Anexo II B) de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, cuya categoría 25 se refiere expresamente a los servicios sociales y de salud¹⁰.

b) Un requisito subjetivo: que se trate de organizaciones o entidades sin ánimo de lucro, considerándose tales aquéllas que desarrollen una actividad en beneficio de la comunidad con la que no persigan la obtención de ganancia alguna y, que en caso de obtener beneficios económicos de manera circunstancial, los destinen al cumplimiento de su acción social¹¹.

Se exige este requisito por entender que la inexistencia de ánimo de lucro resulta ser el medio más coherente para la satisfacción de las finalidades exclusivamente sociales del sistema, dado que las decisiones tomadas por parte de los operadores privados que no persiguen un fin lucrativo no están influidas por la exigencia de obtener beneficios de la prestación de servicios, precisamente para que estos operadores persigan con carácter prioritario las finalidades sociales¹².

¹⁰ Tras la promulgación del paquete de Directivas de 4ª generación y su trasposición al derecho interno a través de la LCSP, dicha mención debe entenderse referida a los servicios individualizados en el Anexo IV del referido texto legal, y en los Anexos IV, XIV y XVII de las Directivas europeas 23, 24 y 25 de 2014, respectivamente.

¹¹ Ver Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2019, Solingen y Otros, Asunto C-465/17, apartado 77.

¹² Ver Sentencia TJUE de 17 de junio de 1997, Sodemare, asunto C-70/95, apartado 31.



Para fundamentar la adjudicación directa a este tipo de entidades, el Tribunal de Justicia parte de dos premisas: la primera de ellas, que *“un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el mero hecho de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro o de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado”* (sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, apartado 29), y la segunda, que *la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora, es constitutiva de una diferencia de trato* (en perjuicio de las empresas de otros Estados miembros que pueden estar interesadas en ese contrato), salvo que esté justificada por circunstancias objetivas. En caso contrario, constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Irlanda, apartados 30 y 31; Comisión/Italia, apartado 64; y Comisión/Italia, apartado 66)¹³.

El Tribunal, teniendo en cuenta estos presupuestos, y tras analizar un conjunto de aspectos, tales como la naturaleza de las prestaciones, el efecto presupuestario positivo de los conciertos y, por su esencia, la ausencia de ánimo de lucro de las asociaciones firmantes de los mismos, entiende, no obstante, que concurren dichas circunstancias objetivas, dado que el modo de organización de este tipo de servicios está inspirado en los principios de universalidad, de solidaridad, de eficiencia económica y de adecuación, y que el recurso prioritario a este tipo de organismos persigue

¹³ Ver Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014 Azienda sanitaria locale nº 5 “Spezzino” y otros, C-113/13, apartados 37 y 52.

especialmente garantizar que el servicio se preste en condiciones de equilibrio económico en el plano presupuestario, por lo que considera que tal preferencia y la adjudicación directa a dichas entidades son compatibles con el Derecho de la Unión, si bien, en todo caso, deben respetarse las siguientes condiciones¹⁴:

- El recurso prioritario a entidades sin ánimo de lucro, debe efectivamente contribuir a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria sobre los que descansa. A este respecto, se exige que, cuando participan en ese marco, estas organizaciones no persigan otros objetivos que los mencionados de solidaridad y eficacia presupuestaria, que no obtengan ningún beneficio por el hecho de realizar sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para suministrarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros.
- Por otra parte, si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se estaría privando a esas organizaciones de la posibilidad efectiva de actuar en varios ámbitos en los que puede aplicarse normalmente el principio de solidaridad, la actividad de tales organizaciones debe respetar estrictamente los requisitos establecidos por la normativa nacional al respecto.

¹⁴ Ver Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014 Azienda sanitaria locale nº 5 "Spezzino" y otros, C-113/13, apartados 61 y 62.



- Asimismo, la aplicación de esa normativa no puede extenderse hasta cubrir prácticas abusivas de las organizaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las organizaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal.
- En cuanto al reembolso de los costes, debe velarse para que no se persiga ánimo de lucro alguno, ni siquiera indirecto, y para que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias organizaciones.
- Las actividades comerciales que realicen este tipo de entidades, en caso de estar autorizadas, deben ser marginales en relación con el conjunto de las actividades que desarrollen, pudiéndose cuantificar ese carácter marginal, inspirándose en los límites previstos por la Directiva 2014/24 en lo que atañe a la posibilidad de que un poder adjudicador contrate directamente con otro poder adjudicador¹⁵.

Por tanto, no basta la simple ausencia de ánimo de lucro sino que deben concurrir todas estas condiciones para que se les pueda atribuir a este tipo de entidades la prestación de servicios de interés general mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad. En caso contrario, se estarían conculcando los principios de la contratación pública y la decisión administrativa adoptada podría ser objeto de impugnación tanto ante

¹⁵ Ver Sentencia TJUE de 28 de enero de 2016, Casta y otros, asunto C-50/14, apartado 79.

las autoridades administrativas como de defensa de la competencia¹⁶.

Por otra parte, la falta de exigencia de publicidad implica que las autoridades públicas que recurren en esas condiciones a entidades sin ánimo de lucro no están obligadas en virtud del Derecho de la Unión a realizar una comparación previa entre las propuestas de las distintas organizaciones¹⁷.

Teniendo en cuenta el análisis de la jurisprudencia precedente, es obvio, tal y como afirma la mayoría de la doctrina, que la posibilidad de adjudicar directamente contratos de prestaciones personales de carácter sociosanitario a entes del tercer sector es una excepción a las reglas ordinarias de concurrencia propias de un contrato típico de servicios, amparada por el derecho comunitario¹⁸.

De esta forma se favorece la participación de las organizaciones sin ánimo de lucro en la prestación de estos servicios, reconociendo el papel esencial de este tipo de entidades para dar respuesta a las complejas

¹⁶ Así lo ha advertido GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2018): "La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Vol. Nº 52 (págs. 12-65).

¹⁷ Ver Sentencia TJUE de 28 de enero de 2016, *Casta y otros*, asunto C-50/14, apartado 72.

¹⁸ Así lo han afirmado CUBA VILA, BELÉN (2016): "Adjudicaciones directas y tercer sector: STJUE de 28 de enero de 2016", *El Consultor de los Ayuntamientos*, Vol. Nº 12, Ref. 1446/2016, (pág. 1456), Editorial Wolters Kluwer; y GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019) *Ob. Cit.* página 3 (págs. 689 a 710).



necesidades de los usuarios, dada su dilatada experiencia, su excepcional aportación de todo tipo de recursos y su capacidad para complementar los servicios públicos, contribuyendo, desde el pleno respeto a los principios de solidaridad y eficiencia, a la mejora continua en la atención especializada a las personas beneficiarias de estas prestaciones, y proporcionando el máximo bienestar y una mayor calidad asistencial.

Pese a ello, tal y como afirma el profesor José María GIMENO FELIÚ, dicha preferencia *"deberá justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la prestación desarrollada por estas entidades sociales"¹⁹* y *"no puede convertirse en un "modelo exclusivo" que sólo permita la colaboración privada del denominado tercer sector"²⁰*.

En mi opinión, el órgano de contratación, con carácter previo a la adjudicación directa de este tipo de prestaciones, debería definir motivadamente cuáles son los costes "admisibles" del servicio de que se trate, y exigir a las entidades sin ánimo de lucro la presentación de una memoria económica de explotación de dicho servicio cuyos costes deberían corresponderse con los fijados y justificados previamente por la Administración. Aceptar, sin más, que por el hecho de renunciar al beneficio industrial la eficiencia ya está garantizada supone un riesgo que no deberíamos correr, puesto que podemos estar retribuyendo las ineficiencias y desperdicios de dichas entidades, por ejemplo, en forma de sobrecostes en maquinaria o personal (salarios por encima de lo establecido en el Convenio Colectivo o incorporación de personal no necesario para la prestación del servicio), por lo que esta solución

¹⁹ GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2018) Ob. Cit. página 14 (págs. 12-65).

²⁰ GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019) Ob. Cit. página 3 (págs. 689 a 710).

económica podría resultar más cara que la proveniente de un operador económico con ánimo de lucro.

Del régimen jurídico expuesto, podemos concluir señalando que existen distintas fórmulas para la gestión de los llamados "servicios a las personas", tanto contractuales (con ciertas singularidades) como no contractuales, incluida la adjudicación directa a entidades sin ánimo de lucro amparada por la jurisprudencia del TJUE, si bien, tal y como afirma José María GIMENO FELIÚ *"la opción que se adopte no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, que como actividad de interés general se rige principalmente por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación"*²¹.

Estamos, por tanto, ante un régimen jurídico complejo, disperso y no uniforme, si tenemos en cuenta la disparidad de fórmulas de gestión de los servicios sociales y la regulación diferenciada que del concierto social hacen las distintas CCAA con competencia exclusiva para la gestión de estos servicios.

Hubiera sido deseable que, aprovechando la promulgación de la nueva LCSP, se hubiera clarificado el régimen jurídico aplicable a los servicios a las personas, a efectos de dotar de mayor certidumbre y seguridad jurídica al referido marco legal, posibilitando de esta forma una aplicación más garantista y uniforme de éste. Quizás el futuro desarrollo normativo se preocupe de este tipo de servicios, que son esenciales para la comunidad, e incluya una regulación básica y armónica

²¹ GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019) Ob. Cit. página 3 (págs. 689 a 710).



que minimice las diferencias existentes entre los distintos territorios autonómicos.

3. ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE CONCIERTO SOCIAL

La aplicación de la normativa contractual pública, tal y como afirma el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE y ha quedado expuesto a lo largo del Capítulo 1, no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades públicas para la gestión de los servicios a las personas²².

Las formas actuales de prestación de este tipo de servicios, diseñadas al amparo del marco jurídico europeo, estatal y autonómico, se basan en una combinación equilibrada entre la gestión directa, la acción concertada y la gestión indirecta, con el fin último de dar la respuesta más eficaz y eficiente a las necesidades de las personas en situaciones de vulnerabilidad.

Sin embargo, y pese a las posibilidades que se establecen en la normativa europea, el régimen jurídico al que debe ajustarse la celebración de estos acuerdos de acción concertada no siempre ha estado claro, hasta el punto de que, en los últimos años, se ha venido asimilando este régimen de acuerdos a la modalidad de contratos públicos denominada conciertos.

A efectos de clarificar el régimen jurídico aplicable, la LCSP, con base en el citado Considerando, permite a las comunidades autónomas legislar articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, lo cual supone una mejora cualitativa en la posibilidad de prestar "los servicios de interés

²² Así lo ha manifestado, entre otros, DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA (2019) Ob. Cit. pág. 6.

general”, a través de nuevos instrumentos como la acción concertada, que queda, por tanto, expresamente reconocida en la disposición adicional 49ª LCSP.

Por tanto, la gestión de los servicios sociales puede realizarse, tanto con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público, como mediante acuerdos de acción concertada, careciendo en este último caso de naturaleza contractual, tal y como expresamente afirma la legislación autonómica dictada en la materia por las CCAA de Cataluña, Aragón, Valencia y Asturias.

La normativa Andaluza, por el contrario, configura el concierto como contrato administrativo especial, lo cual podría hacer dudar acerca de la verdadera naturaleza jurídica de este instrumento, no obstante lo cual, es obvio que se trata de una modalidad diferenciada del concierto general regulado en el artículo 85.2 B) de la LRRL y 277 c) del TRLCSP, texto vigente en el momento en que algunas CCAA aprobaron sus legislaciones (Cataluña, Galicia, Aragón y Baleares), y por tanto, excluida de su ámbito de aplicación, tal y como se aclara en el Preámbulo de las distintas regulaciones autonómicas, con base en el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE.

La acción concertada, como fórmula indirecta de provisión de servicios tiene como finalidad principal, la consecución de una mejor protección social a las personas asegurando tanto una respuesta eficaz a la satisfacción de necesidades sociales de colectivos desfavorecidos, como la garantía de una atención personalizada e integral, coherente con el arraigo de las personas en su entorno, así como con su participación en la elección de los servicios.



Se trata, por tanto, de una nueva fórmula organizativa de los servicios a las personas que trata de proporcionar la máxima calidad asistencial en la provisión de este tipo de servicios de responsabilidad pública para la consecución de objetivos de interés social.

La mayoría de las Comunidades Autónomas (Cataluña, Galicia, Aragón, Baleares, Navarra, Valencia, Murcia, La Rioja, Andalucía, Extremadura y Asturias), al amparo de la jurisprudencia del TJUE primero, y más recientemente, de acuerdo con la previsión específica recogida en la disposición adicional cuadragésimo novena LCSP, han promulgado normas que configuran esta forma de prestación de servicios a las personas de carácter social²³:

²³ Cataluña: Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública. Galicia: Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

Aragón: Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, y Orden CDS/2042/2017, de 30 de noviembre, por la que se regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón.

Baleares: Decreto 48/2017 de 27 de octubre, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales.

Navarra: Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.

Valencia: Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social.

Murcia: Decreto 10/2018 de 14 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad.

La Rioja: Ley 2/2018, de 30 de enero, de medidas fiscales y administrativas para el año 2018.

La legislación dictada al efecto, cuyo análisis va a ser objeto de estudio en el presente capítulo, regula el régimen jurídico de la acción concertada asegurando una continuidad y una calidad en los servicios, necesaria para la consecución plena de los objetivos sociales fijados en la planificación autonómica.

A continuación, vamos a realizar un pormenorizado estudio comparativo de los aspectos centrales de la regulación autonómica en materia de concierto social.

3.1. CONCEPTO Y ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONCIERTO SOCIAL

Todas las legislaciones autonómicas, sin excepción, definen el concierto social como aquél instrumento en virtud del cual las Administraciones Públicas pueden organizar la prestación de los servicios sociales de su competencia a través de terceros, siendo públicos tanto el acceso a dicho sistema como su financiación y control. A través de esta fórmula de gestión se atiende a la consecución de objetivos sociales de interés público, garantizando en todo caso la observancia de los principios de igualdad y no discriminación a los usuarios,

Andalucía: Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales.

Extremadura: Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura.

Asturias: Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social.



publicidad y transparencia en la gestión, así como la eficiente utilización de los fondos públicos.

Con carácter general podrán acceder a este régimen jurídico las entidades privadas con o sin ánimo de lucro, teniendo estas últimas prioridad en la concertación siempre que se produzcan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social. Así lo han declarado las CCAA de Galicia, Cataluña, Baleares y Extremadura, permitiendo esta última el acceso a las entidades con ánimo de lucro siempre que acepten la ausencia de beneficio industrial. Por su parte, la CCAA de La Rioja y Navarra exigen, para que puedan concurrir dichas entidades, que se comprometan estatutariamente a la reinversión de sus beneficios en fines sociales, requiriendo esta última, de forma adicional, *"el compromiso de no beneficiarse de la suscripción de conciertos sociales para aplicar una política de precios inferior al promedio del mercado cuando actúen en el ámbito de actividades comerciales o económicas, alterando con ello la competencia."*

Mención especial merece, en este punto, la legislación Extremeña, puesto que, mientras que en su Preámbulo permite, como ya hemos señalado, el acceso al concierto a las entidades con ánimo de lucro que cumplan la referida exigencia, después, en su articulado, estipula como requisito de acceso el ostentar la condición de entidad sin ánimo de lucro. Considero que la aparente discrepancia no es tal, y que debe ser interpretada en el sentido de que se otorga preferencia en la concertación a las entidades sin ánimo de lucro, permitiendo que, en su ausencia, se puedan formalizar conciertos con entidades con ánimo de lucro que cumplan los requisitos exigidos por la normativa.

La Región de Murcia, en particular, otorga preferencia a las entidades de economía social y a aquéllas que hayan sido declaradas de interés asistencial para la región, mientras que La Rioja y la CCAA Andaluza dan prioridad

a las entidades de iniciativa social, entendiendo esta última que las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro están incluidas dentro de dicha categoría. Asimismo especifica que *"en defecto de las anteriores, tendrán preferencia, por el siguiente orden, las entidades de la economía social, las cooperativas y las pequeñas y medianas empresas. En ausencia de las anteriores, las Administraciones Públicas podrán contratar con el resto de entidades privadas con ánimo de lucro."*

Por último, Aragón, Valencia y Asturias obligan a formalizar este tipo de acuerdos exclusivamente con entidades públicas o privadas de iniciativa social sin ánimo de lucro, entendiendo por tales *"las fundaciones, asociaciones, organizaciones de voluntariado y otras entidades sin ánimo de lucro que realicen actividades de servicios sociales, incluidas las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica."*

La filosofía que subyace es simple: *"si un operador económico aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, un lucro, como consecuencia de su colaboración con la Administración pública en la prestación de servicios a las personas, sólo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación. Sólo desde la gestión solidaria, sin ánimo de lucro, de estas prestaciones podrá colaborar con la Administración bajo la forma de acción concertada"*. Así lo afirma el Preámbulo de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de



acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, de Aragón²⁴.

3.2.OBJETO Y PRINCIPIOS DEL CONCIERTO SOCIAL

Podrán ser objeto de concierto social tanto la *"reserva y ocupación de plazas para uso exclusivo de las personas usuarias de los servicios sociales de responsabilidad pública, como la gestión integral (o parcial, de acuerdo con la legislación Extremeña) de prestaciones, servicios o centros"*. Así lo han establecido la totalidad de las legislaciones autonómicas analizadas, excepto Baleares y Navarra, que aluden, con carácter general, a servicios incluidos en el catálogo de prestaciones y servicios sociales de la región.

La CCAA de Murcia, por su parte, circunscribe el ámbito objetivo del concierto a los sectores de personas mayores y personas con discapacidad, mientras que Aragón, Valencia y Asturias detallan las prestaciones concretas que pueden ser objeto de acción concertada tales como servicios sociales de inclusión social de personas con discapacidad y de inserción sociolaboral, tutelares, de alojamiento y manutención para personas en situación de dependencia, protección de menores y mujeres víctimas de malos tratos; servicios de apoyo y acogimiento familiar, de asistencia para mejorar la autonomía personal o accesibilidad, etc., si bien en el caso de Valencia dichas prestaciones se limitan exclusivamente a sectores específicos: infancia y adolescencia, juventud, personas mayores, personas

²⁴ Dicha filosofía ha sido también aludida por LAZO VITORIA, XIMENA (2016): "La figura del concierto social tras las Directivas Europeas de contratación pública", <http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/chk.6baca120e1f947b8ac20c7e9c81ce49d>

con diversidad funcional, mujeres, personas migrantes, personas LGTBI y pueblo gitano, y otros colectivos (personas con VIH/ITS y personas sin hogar), pudiendo ampliarse reglamentariamente a otros servicios sociales. Las CCAA de Navarra, Extremadura y Aragón incorporan, junto a los servicios sociales, los servicios sanitarios o sociosanitarios, añadiendo esta última, además, como servicios susceptibles del régimen de acción concertada, los servicios preventivos en el ámbito de las adicciones y los servicios educativos, de acuerdo con lo dispuesto en el Considerando 114 de la Directiva y en el preámbulo de la LCSP. Asimismo, excluye expresamente de su ámbito de aplicación la provisión de servicios sociales de atención residencial, de centros de día y de ayuda a domicilio para personas mayores, que deberán prestarse a través de cualquiera de las demás fórmulas de gestión previstas en la normativa de servicios sociales.

Por otro lado, se prevé la posibilidad de formalizar un único concierto, cuando se trate de gestionar una pluralidad de prestaciones o centros que dependan de una misma entidad titular, o conciertos conjuntos con dos o más entidades siempre que la prestación del servicio requiera la intervención en distintos centros, debiendo adoptar en este caso las medidas de colaboración y coordinación oportunas. Esta última opción ha sido contemplada por las legislaciones de Navarra, Extremadura, Valencia y Asturias.

Además, las entidades privadas concertadas podrán ofrecer servicios distintos, complementarios o adicionales a aquéllos que hayan sido objeto de concierto, que serán voluntarios, no discriminatorios y carecerán de carácter lucrativo, debiendo ser previamente autorizados por la Administración concertante, previa audiencia a la entidad interesada. Así



lo han señalado expresamente las CCAA de Galicia, Aragón, Navarra, Extremadura y Valencia.

Una vez delimitado, en estos términos, el objeto del concierto, es importante señalar, que, a lo largo de su ejecución, las mencionadas entidades deben actuar con pleno respeto a los principios generales de igualdad y no discriminación, libre concurrencia, transparencia, publicidad, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, eficiencia en la utilización de los fondos públicos, coordinación, cooperación y control de la gestión, debiendo garantizar en la intervención, además del servicio efectivo a la ciudadanía, la atención personalizada e integral, el arraigo de la persona en el entorno de atención social, la elección de la persona y continuidad y calidad en la atención. Para ello podrán establecerse medidas de preferencia y discriminación positiva, que serán analizadas en el punto 4 del presente capítulo.

Por otro lado, las CCAA de Aragón, Navarra, Extremadura, Valencia, La Rioja y Asturias destacan el carácter solidario de la acción concertada, debiendo potenciar la implicación de las entidades del tercer sector en la prestación de los servicios públicos, y la participación de los usuarios en la valoración de los mismos.

Por su parte, Aragón, Navarra, Extremadura, La Rioja y Asturias establecen como objetivo específico, que deberá figurar expresamente en las condiciones de ejecución del concierto, la promoción y consecución de fines sociales y ambientales, así como la innovación en la gestión de los servicios públicos, debiendo planificarlos de forma estratégica. En este sentido, la CCAA Andaluza incorpora la vinculación afectiva o terapéutica y la innovación social, y Navarra plantea la minoración de las diferencias retributivas y de jornada que pudieran existir entre el personal de las entidades concertadas y el personal de la misma categoría profesional de la Administración. Esta

regulación es plenamente acorde a lo dispuesto en la “Estrategia Europa 2020” y a la Directiva 2014/24/UE que, aunque referida a la contratación pública, subraya el papel clave que desempeña como instrumento para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, con el objetivo de incrementar la eficiencia en el gasto público, facilitar la participación de las PYMES y apoyar la consecución de beneficios sociales y medioambientales, lo cual es plenamente aplicable a la modalidad de concierto, como demuestra el hecho de que la mayoría de las CCAA incorporan en su regulación cláusulas sociales y ambientales como luego veremos.

3.3.REQUISITOS DE ACCESO AL RÉGIMEN DE CONCIERTO SOCIAL

Las entidades que deseen acceder al régimen de concierto social deben reunir una serie de condiciones que han sido estipuladas por las distintas CCAA en sus respectivas regulaciones.

En primer lugar, las entidades que soliciten el acceso al régimen de concierto deberán contar, cuando así lo exija la normativa sectorial, con la oportuna autorización administrativa que les acredite como entidades aptas para la prestación objeto de concierto social, y estar inscritas en el correspondiente Registro de Entidades prestadoras de servicios sociales. La CCAA Valenciana permite dispensar el requisito de la autorización o acreditación en supuestos excepcionales, si bien no los concreta.

Asimismo, tendrán que justificar, en segundo lugar, la disposición de medios personales y materiales suficientes, para lo cual la CCAA Andaluza exige únicamente la presentación de una declaración



responsable, mientras que la región de Murcia impone la presentación de un proyecto técnico del centro, que deberá contener, entre otros extremos, una descripción detallada de las dependencias, de los medios materiales y equipamiento del que disponen, de las plantillas de personal y sus funciones, y de los distintos servicios objeto de concierto social. Valencia, por su parte, permite, cuando los medios materiales y personales de los que dispongan no sean suficientes, recurrir a la colaboración de terceros, que deberán acreditar, a su vez, su idoneidad para prestar los servicios.

Además de contar con los recursos adecuados, deberán acreditar la "titularidad del centro o su disponibilidad por cualquier título jurídico válido" por periodo no inferior a la vigencia del concierto, y cumplir la normativa que les resulte de aplicación (laboral, de Seguridad Social, etc.), no pudiendo exigir a las personas usuarias contraprestación económica alguna por los servicios prestados.

Al margen de la estricta observancia de estas condiciones generales, algunas CCAA exigen el cumplimiento de requisitos adicionales que tratan de garantizar la capacidad de la entidad concertante para la prestación de servicios de calidad²⁵.

²⁵ En este sentido, las CCAA de Andalucía, Aragón, Baleares, Navarra, Extremadura, Valencia y Asturias exigen, no sólo la correspondiente solvencia económica y financiera, sino también una experiencia mínima en la atención a personas con necesidades similares, cuyo periodo temporal varía de una CCAA a otra, permitiendo la CCAA Extremeña reducir dicho periodo mínimo cuando sea necesario por la naturaleza del servicio a prestar o ante la escasez de entidades para su provisión.

La CCAA Valenciana, por su parte, concreta los requisitos de solvencia técnica que deberán reunir las entidades en aquellos casos en los que la normativa sectorial no exija la acreditación administrativa.

Obviamente, las entidades concertantes deben hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Así lo han recogido las CCAA de Murcia, Aragón, Navarra, Valencia, Baleares y Asturias, exigiendo, además, estas dos últimas regiones, que no se encuentren incursas en prohibición para contratar y que no hayan sido sancionadas por la comisión de infracciones graves o muy graves en materia laboral, de seguridad social y emigración.

Por otro lado, y como requisitos específicos, Aragón y Asturias exigen la constitución de un seguro de responsabilidad civil que cubra la prestación de los servicios concertados. Valencia, por su parte, impone la acreditación de un certificado de calidad del centro o del servicio, señalando en este sentido la legislación asturiana la necesaria observancia de los estándares mínimos y adecuados de calidad. Por último, Andalucía, introduce determinadas exigencias sociales, de modo que las entidades concertantes que tengan más de 250 trabajadores deberán contar con un Plan de Igualdad, debiendo acreditar, en caso contrario, *“que actúan con pleno respeto al principio de igualdad entre hombres y mujeres a través de la articulación de medidas o planes orientados al cumplimiento de dicho objetivo.”* Asimismo, aquellas entidades que cuenten con 50 trabajadores o más deberán acreditar que tienen en plantilla al menos un 2% de personas con discapacidad o la adopción de medidas alternativas. De esta forma se persigue la consolidación de entidades con un fuerte

Es importante tener en cuenta que la CCAA Andaluza exige, además de la experiencia mínima, presencia en la zona donde se vaya a prestar el servicio, si bien ello no implica la implantación funcional o prestación efectiva de servicios en dicha zona.



compromiso social, tal y como veremos en el apartado 5 del presente capítulo.

3.4. PROCEDIMIENTO DE CONCERTACIÓN Y CRITERIOS DE PREFERENCIA

La tramitación y posterior formalización de conciertos sociales se realizará, con carácter general, mediante convocatoria pública en régimen de concurrencia competitiva, salvo en aquellos supuestos en los que se permite la adjudicación directa.

Tanto la convocatoria como la resolución de concesión se regirán por los principios de publicidad y transparencia, garantizando que todas las entidades interesadas que cumplan los requisitos puedan acceder al régimen de acción concertada.

Con carácter previo al inicio del procedimiento de concertación la Administración debe llevar a cabo una actividad de planificación de los servicios que se pretenden concertar, debiendo justificar la insuficiencia de medios propios para atender la demanda social existente, o la idoneidad de esta fórmula de gestión en base a la singularidad o especificidad del servicio concreto a prestar. Así lo han declarado expresamente las CCAA de Aragón, Valencia y Asturias, incorporando esta última la necesidad de elaborar un estudio económico de los costes del servicio que se pretende concertar. En mi opinión, contar con una memoria de explotación del servicio que refleje los costes "admisibles" del mismo resulta absolutamente imprescindible puesto que servirá, como ya ha quedado expuesto en el epígrafe 1.3.2, para evitar retribuir las ineficiencias y desperdicios de las entidades concertantes, máxime cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro.

Una vez justificados dichos extremos, y tras la comprobación de existencia de crédito y Fiscalización

previa por la Intervención, el órgano concertante aprobará las bases de la convocatoria de la acción concertada, que serán publicadas en el Boletín o Diario Oficial correspondiente, y concretarán las condiciones administrativas, técnicas y económicas en base a las cuales debe prestarse el servicio, los requisitos de acceso, los criterios de selección, el procedimiento de tramitación, los derechos y obligaciones de las partes, las cláusulas sociales y ambientales y, en su caso, las modalidades de control, la vigencia temporal, las causas de modificación y extinción, el régimen de financiación y cuantos otros aspectos sean precisos.

De acuerdo con las condiciones exigidas en las bases de la convocatoria, las entidades interesadas podrán presentar sus solicitudes y demás documentación en la forma y en el plazo establecido, efectuándose la selección, previa convocatoria pública, de conformidad con los siguientes criterios de preferencia, recogidos con carácter general por las distintas CCAA en sus correspondientes regulaciones:

“a) La implantación de la entidad en la localidad donde vaya a prestarse el servicio.

b) Los años de experiencia acreditada en la prestación del servicio.

c) El establecimiento de mecanismos para la implicación efectiva de los usuarios en la prestación y evaluación de los servicios, así como el trabajo en red con otras entidades.

d) certificaciones de calidad y su adecuación al servicio.

e) La continuidad en la atención o calidad prestada.

f) La formación específica del equipo humano que prestará el servicio.

g) El arraigo de la persona en el entorno de atención. En relación con este criterio, Andalucía y Extremadura



añaden la vinculación afectiva o terapéutica, incorporando, asimismo, esta última, la innovación asistencial o terapéutica.

h) La atención personalizada e integral.

i) Las buenas prácticas sociales y de gestión de personal, mantenimiento de las condiciones salariales y el cumplimiento de las ratios entre profesionales usuarios, así como la incorporación de mejoras voluntarias en materia laboral, salarial o de seguridad en el trabajo.

En este sentido, las Comunidades Autónomas de Aragón, Navarra y Asturias prevén, de forma específica, la incorporación al equipo de trabajadores de una proporción significativa de personas con dificultades de acceso al mercado de trabajo, así como de mujeres cualificadas y/o en puestos de dirección, y el cumplimiento y la eventual mejora de los mínimos en materia de igualdad y conciliación. Navarra recoge, asimismo, la menor diferencia retributiva del personal que la entidad se comprometa a adscribir al concierto respecto al personal de la correspondiente categoría profesional de Administración, siempre que ésta última sea superior; y Asturias la promoción de la participación del voluntariado.

j) Cualesquiera otros que resulten determinantes para la valoración de la capacidad e idoneidad de las entidades.”

La CCAA de Valencia, en particular, señala que el órgano concertante podrá fijar en la convocatoria los medios personales y materiales que con carácter mínimo deben reunir las entidades, valorando aquéllos que se sitúen por encima de los mínimos establecidos. Navarra, por su parte, permite la presentación de variantes y, en ese caso, su valoración.

Es importante reseñar que algunos de los mencionados criterios, tales como el arraigo territorial, la implantación en la localidad o la titularidad del centro o su

disponibilidad por cualquier título jurídico válido, podrían considerarse discriminatorios puesto que se basan directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador, y suponen un trato de favor a ciertas entidades, por lo que su inclusión podría colisionar con el principio de no discriminación²⁶. No obstante, considero justificada la incorporación de las citadas medidas en este tipo de servicios, ya que tratan de coherencia los principios que deben presidir la gestión de esta clase de prestaciones (atención personalizada e integral, entorno de atención social, solidaridad, etc.) con las necesidades específicas de los usuarios, garantizándoles la consecución de una mayor protección social y dotando de mayor calidad, estabilidad y continuidad al conjunto de servicios a las personas.

Finalizado el plazo de presentación de solicitudes, y a efectos de proceder a su evaluación, se constituirá una Comisión de Valoración, que será la encargada de verificar que las entidades cumplen los requisitos y condiciones establecidos, pudiendo incorporarse a la misma, profesionales con conocimientos técnicos específicos para la ponderación de aquellos criterios que así lo requieran. Así lo prevén las CCAA de Andalucía, Aragón, Baleares, Asturias y Valencia, exigiendo esta última la presencia equilibrada de hombres y mujeres en su composición.

Dicha Comisión de valoración podrá solicitar de las entidades cuantas aclaraciones sean precisas, y tras la aplicación de los específicos criterios de valoración

²⁶ Así lo ha manifestado GARRIDO JUNCAL, ANDREA (2017): "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate", Revista Catalana de Dret Públic, Vol. Nº 55, diciembre 2017, (págs. 84-100).



establecidos en las bases de la convocatoria, y de acuerdo con los criterios de preferencia, elevará al órgano concertante la propuesta de resolución de adjudicación del concierto.

El órgano concertante resolverá de forma motivada el procedimiento en base a la propuesta realizada por la Comisión, resolución que será notificada a las entidades participantes y publicada en el correspondiente Diario o Boletín Oficial.

Los conciertos sociales se formalizarán en documento administrativo, siendo este aspecto de la regulación del procedimiento el único recogido por las CCAA de Galicia, Cataluña y La Rioja, dado que su normativa se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

Una vez seleccionada la entidad, se asignan las plazas que serán objeto de concierto. La CCAA de Murcia concreta los criterios que resultarán de aplicación para la asignación, entre los que prima la libre elección de la persona solicitante.

Finalmente, y tal y como hemos adelantado al inicio del presente capítulo, es preciso hacer referencia a la especialidad que, en materia de procedimiento incorpora la regulación andaluza, la cual, de modo acorde a la configuración del concierto como contrato administrativo especial, sigue para su adjudicación el procedimiento regulado en la LCSP. Por su parte, Baleares incluye un procedimiento específico de concertación vinculado a la construcción de centros, especialmente pensado para los servicios residenciales en los que existe una larga lista de espera, a fin de potenciar la inversión privada, y mejorar la calidad y atención de los usuarios.

Tras exponer el procedimiento de concertación en régimen de libre concurrencia, es preciso analizar los supuestos de adjudicación directa. En este sentido, las CCAA de Murcia, Navarra, Extremadura, Aragón y Baleares permiten la suscripción directa de conciertos sociales con aquellas entidades que, o bien fueran

titulares de plazas concertadas del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública (Murcia), o bien tuvieran autorizados los servicios (Baleares), o bien vinieran prestándolos o pudieran prestarlos (Navarra y Extremadura), siempre que cumplan los requisitos exigidos por la normativa correspondiente, en las siguientes circunstancias:

- 1) Para garantizar la continuidad asistencial de las personas beneficiarias de este tipo de servicios. Así lo recogen las CCAA de Murcia, Navarra y Extremadura, circunscribiéndolo estas dos últimas a servicios residenciales y de centros de día u otros.
- 2) Para proporcionar un servicio de estancia temporal a personas que se encuentren en una situación de especial necesidad (Aragón).
- 3) Con carácter excepcional, cuando concurren circunstancias urgentes debidamente acreditadas de interés público. Así lo han dispuesto las CCAA de Baleares, Extremadura y Asturias, añadiendo esta última a los supuestos de urgencia, la singularidad del servicio o su carácter innovador y experimental que aconsejen la no aplicación motivada del régimen de concurrencia de entidades. Baleares exige, además de la concurrencia de la urgencia, que no se puedan satisfacer las necesidades de la población con otros servicios idóneos, y Extremadura, por su parte, limita su plazo de duración al tiempo que resulte estrictamente necesario hasta la normalización del servicio. Asimismo, exige la valoración de las circunstancias presentes en cada caso para determinar la idoneidad de la entidad en función del tipo de servicio a prestar.
- 4) Cuando las entidades que vinieran prestando o pudieran prestar el citado servicio aceptasen asumir parte de la financiación del coste del mismo. Así lo ha



recogido la CCAA Navarra, señalando además que, en estos casos, la Administración lo comunicará a todas las entidades en la misma situación, pudiéndose aplicar el régimen previsto en la legislación contractual para las ofertas anormalmente bajas para asegurar una correcta prestación del servicio.

5) En los mismos casos en que cabría optar por adjudicar mediante procedimientos sin publicidad ni concurrencia los contratos públicos (Navarra y Extremadura).

La aplicación de estos supuestos de adjudicación directa, cuyas causas habilitantes y procedimientos deberán ser objeto de desarrollo reglamentario, deberá motivarse y utilizarse con carácter restrictivo garantizando, en todo caso, los principios de publicidad, transparencia y no discriminación. Asimismo, será de aplicación el régimen de la acción concertada en todo aquello que no resulte incompatible con su naturaleza.

En mi opinión, resulta acertada esta posibilidad de adjudicación directa ante circunstancias que los procedimientos ordinarios no pueden resolver, pudiendo establecerse un paralelismo con el procedimiento negociado por exclusividad, ante la falta de alternativa razonable.

3.5. CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES

Las cláusulas sociales y medioambientales, como es sabido, son aquellas estipulaciones que obligan a las entidades que han suscrito un concierto a dar cumplimiento a determinados objetivos de política social y medioambiental que se estiman de interés general. Con la incorporación de este tipo de cláusulas, se persigue la consolidación de entidades con un fuerte compromiso social y medioambiental, aunando gestión

de las políticas sociales, balance social y redistribución equilibrada de la riqueza²⁷, así como la consecución de los siguientes objetivos, entre otros:

- fomentar el empleo de personas en situación o en riesgo de exclusión social;
- la inserción social y laboral de personas con discapacidad física y/o intelectual; o en riesgo de exclusión social;
- el diseño y accesibilidad para todos;
- la estabilidad y calidad en el empleo;
- la mejora de la seguridad y salud laboral;
- la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres;
- la responsabilidad social de las empresas; las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral;
- criterios de comercio justo y compra pública ética.
- reducción del nivel de nivel de emisión de gases de efecto invernadero;
- empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética
- utilización de energía procedente de fuentes renovables;
- mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del concierto, etc.

En este sentido, Navarra impone la obligación de incluir necesariamente en las condiciones de los conciertos cláusulas sociales, como condición de ejecución, relacionadas con la estabilidad en el empleo, la mejora

²⁷ Así lo expresa la legislación andaluza en el Preámbulo del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales.



de las condiciones de trabajo, el fomento de la contratación de personas en riesgo de exclusión social, la igualdad, la conciliación, apelando a la normativa de contratación pública para su aplicación. Extremadura contempla igualmente dicha obligación, haciéndola extensiva a las cláusulas medioambientales, tales como mejora de la eficiencia energética de los edificios, utilización de instrumentos de trabajo respetuosos con el medio ambiente y otras previsiones de interés para la mejora del entorno social y medioambiental. A diferencia de Navarra, exige su incorporación siempre que resulten compatibles con la naturaleza del servicio, siendo precisamente ésta la que va a determinar su inclusión como condición de ejecución o como criterio de preferencia.

Aragón, por su parte, regula la posibilidad de imponer como condición de ejecución la elaboración de un Plan de Igualdad y de Conciliación de la vida familiar y laboral, cuyo cumplimiento se medirá a través de indicadores y evaluación de impacto.

La legislación andaluza es la más extensa en esta materia, puesto que exige la incorporación de estipulaciones sociales o ambientales en el concierto social, bien como criterios de adjudicación, siempre que estén vinculados al objeto del contrato, sean proporcionales y estén expresamente determinados en la convocatoria de licitación, bien como condiciones especiales de ejecución, siempre que resulten adecuadas a la naturaleza de la prestación, pudiendo, asimismo, fijar un orden de prelación entre ellas para los casos de desempate.

Asimismo, señala que el incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución podrá dar lugar a la imposición de penalidades o incluso a la resolución del concierto, siempre que se les haya atribuido el carácter de obligaciones esenciales. Esta regulación, similar a la contemplada en la LCSP, resulta plenamente acorde a la

naturaleza contractual que la CCAA andaluza otorga al concierto social, tal y como hemos visto al comienzo del presente capítulo.

Asturias únicamente alude a la posibilidad de incorporar este tipo de cláusulas al aprobar las bases de la convocatoria de la acción concertada, sin posterior desarrollo.

Finalmente, es preciso señalar que Murcia, Baleares y Valencia no contemplan en su regulación la incorporación de cláusulas sociales o ambientales. Por otro lado, las regulaciones de Galicia, Cataluña y La Rioja están pendientes de desarrollo reglamentario.

3.6. CONTROL DE LOS SERVICIOS CONCERTADOS

Una vez iniciada la ejecución del concierto, es preciso llevar a cabo actuaciones de auditoría y control en orden a comprobar su correcta realización, así como la adecuación y suficiencia de los medios empleados y la calidad de los servicios concertados. Para ello, las CCAA de Andalucía, Aragón, Extremadura y Valencia prevén el sometimiento de éstos a procesos de inspección y controles económicos, técnicos y administrativos. A estos efectos, Aragón propone la realización de las pertinentes visitas de inspección, tras las que se levantará acta proponiendo la resolución del concierto en los supuestos de incumplimiento. Extremadura, por su parte, obliga a los órganos que realicen el concierto a designar una persona o unidad responsable del concierto, que deberá supervisar su ejecución, y dictar las instrucciones precisas para garantizar que se realiza en los términos estipulados.

Andalucía señala, además, la obligación de justificar las cantidades abonadas por parte de la entidad pública



concertante, para lo cual deberá presentarse tanto un informe de auditoría financiera como un informe de auditoría externa donde figure la aplicación de los fondos recibidos. En este sentido, Baleares contempla la potestad de la Administración de requerir a la entidad titular una auditoría técnica o económica.

Navarra, Extremadura y Asturias regulan la evaluación de la ejecución de los conciertos sociales para decidir si procede o no su prórroga, y para determinar si se mantiene o no la prestación del servicio a través del régimen de concertación. Para ello, se prevé una evaluación final, y, en caso de que el concierto tenga una duración de 3 años, una evaluación intermedia tras año y medio de ejecución del servicio.

La evaluación, que contará con la participación de las personas usuarias del servicio, tendrá en cuenta el grado de consecución de los objetivos de calidad fijados y los posibles incumplimientos de cláusulas sociales, que darán lugar a la imposición de penalidades, o incluso a la resolución del concierto, en los supuestos más graves. A estos efectos, tanto Navarra como Extremadura prevén la constitución de una Comisión de seguimiento de los conciertos, que mantendrá al menos dos reuniones anuales y, tras el análisis de las actuaciones realizadas, propondrá la adopción de las medidas de control oportunas.

Por último, cabe señalar que la región de Murcia no contempla en su legislación medidas de supervisión de la ejecución de los servicios concertados. Galicia, Cataluña y La Rioja tampoco lo hacen, dado que su regulación se limita a contemplar los aspectos básicos del concierto siendo el resto objeto de futuros desarrollos reglamentarios.

A diferencia de lo que sucede con la normativa contractual, caracterizada por la ausencia de unas pautas claras y concluyentes relativas al control de la ejecución, la regulación que realizan las distintas

legislaciones autonómicas en este ámbito, es mucho más completa y detallada, poniendo el acento en un aspecto que, en la práctica contractual diaria, sigue siendo una asignatura pendiente.

De esta forma, se articulan los mecanismos necesarios para evitar que la incorporación de estipulaciones sociales y ambientales en el clausulado del concierto se convierta en papel mojado, permitiendo, a través de indicadores de impacto, la verificación material de su cumplimiento por parte del órgano de contratación. Sólo así se podrá conseguir no sólo una eficiente utilización de los fondos públicos sino también una mejora en la calidad del servicio ofrecido a los ciudadanos.

3.7. RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN

Las entidades públicas están obligadas a abonar el importe del concierto social en los términos previstos en la normativa aplicable.

Para proceder al abono del concierto social, la Administración tramitará mensualmente la orden de pago, previa presentación de factura donde consten las plazas concertadas. Junto a ella, deberá aportarse relación de usuarios incluyendo altas y bajas, y, si procede, la cuantía de la participación económica fijada para cada usuario por la Administración. En aquellos supuestos en los que se prevea la participación económica de los usuarios, las cantidades abonadas por éstos deberán deducirse previamente del importe de la factura correspondiente. Fuera de estos casos, no puede cobrarse a los usuarios cantidad alguna al margen del precio público establecido, debiendo autorizarse previa y expresamente por la Administración el cobro de



cualquier cantidad por servicios distintos a los contemplados en el objeto del concierto²⁸.

La financiación de los conciertos tiene como finalidad garantizar el adecuado sostenimiento de los servicios concertados y debe cubrir los gastos asociados a los referidos servicios que sean necesarios para su correcto desarrollo, retribuyéndose como máximo los costes variables, fijos y permanentes, incluidos los costes indirectos pero no el beneficio industrial. En esos términos lo regulan las CCAA de Aragón, Extremadura, Asturias y Valencia, asegurando de esta forma la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora. Asturias, de forma acorde con lo dispuesto por la jurisprudencia del TJUE, precisa que el importe abonado no podrá incluir ni beneficio industrial ni proporcionar beneficio alguno a las entidades ni a sus miembros.

Asimismo, deben cubrirse tanto los costes salariales, que, de acuerdo con la legislación Navarra deben desglosarse por categoría profesional en los términos dispuestos en el convenio colectivo sectorial de aplicación, como los costes correspondientes de Seguridad Social. La CCAA de Asturias incorpora, además, los gastos de amortización de bienes muebles o inmuebles indispensables para la prestación de los servicios, señalando que el propio acuerdo de acción

²⁸ Así lo han recogido las CCAA de Murcia, Aragón, Valencia y Baleares añadiendo estas dos últimas que la percepción indebida de cantidades por parte de la entidad titular del servicio conlleva la obligación de reintegro de las mismas, previa tramitación del procedimiento correspondiente en el que deberá darse audiencia a la entidad interesada. Valencia prevé, asimismo, la imposición de sanciones e incluso la resolución del concierto.

Por su parte, la CCAA de Aragón obliga a justificar las cantidades abonadas por la Administración mediante la presentación de un informe de auditoría externa donde conste la aplicación de los fondos recibidos.

concertada debe prever mecanismos para garantizar el equilibrio entre la compensación y los gastos financiables y corregir los desequilibrios que puedan producirse.

Respecto al precio del concierto, Navarra señala que *"en ningún caso podrá superar, sin perjuicio de lo que resulte de la actualización de costes, ni el precio por el que se prestaría conforme a la normativa foral de tasas y precios públicos vigentes, ni aquel precio o coste por el que se viniera prestando el servicio por cualquier forma de gestión con la calidad exigida conforme a la normativa vigente, sin perjuicio de que cualquier mejora en la prestación obligue a recalcular el precio conforme a los nuevos estándares de calidad"*.

Por último, es menester señalar que, tal y como afirma la legislación valenciana, las personas usuarias de servicios sometidos al régimen de acción concertada tendrán los mismos derechos y obligaciones que aquéllas que utilicen servicios de titularidad pública. Por tanto, debe quedar asegurado en los conciertos que la atención que se presta a los usuarios se realiza en las mismas condiciones económicas que se aplicarían en caso de que fueran atendidas en centros propios de la Administración competente.

3.8. RECAPITULACIÓN

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, podemos afirmar que la acción concertada es una forma de provisión de servicios alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios públicos, que podrá utilizarse cuando los centros y servicios de titularidad pública



resulten insuficientes para atender la demanda y las necesidades sociales.

Esta forma de prestación indirecta de servicios públicos se define por su carácter subsidiario y complementario, estando subordinada a la utilización óptima de los recursos propios, sin que pueda utilizarse como una vía para la privatización de la gestión pública.

Con la instauración del concierto social se persigue introducir una alternativa de financiación a la ofrecida por el régimen de subvenciones o contratos, y reconocer el papel fundamental que las entidades sin ánimo de lucro vienen realizando en la gestión de este tipo de servicios, tanto por su enorme aportación de recursos humanos, económicos y materiales, como por su amplia experiencia, brindando un marco de relación más estable y garantista que contribuya a la mejora continua de la atención especializada a las personas usuarias.

La acción concertada se configura así, en el marco de la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, como un instrumento de colaboración entre las Administraciones públicas y las entidades sin ánimo de lucro, basado en los principios de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

Tras analizar las diferentes regulaciones autonómicas sobre la materia, y teniendo en cuenta la naturaleza no contractual de esta figura, que se justifica, tal y como ha quedado expuesto en el capítulo 1, en la necesidad de dar solución a la gestión de servicios que, por sus especiales características, tienen difícil encaje en la LCSP, me gustaría llamar la atención sobre el importante paralelismo que encontramos entre la regulación contractual y la regulación autonómica de la acción concertada, que se traduce en la necesaria observancia de los principios generales de la contratación pública (igualdad y no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia), en el establecimiento de unos requisitos de acceso que, como criterios de solvencia,

deben ser adecuados a la configuración de los servicios como no económicos y orientados a la consecución de la máxima calidad, en la obligada incorporación de cláusulas sociales y ambientales, bien como criterios de adjudicación, con un contenido similar a la casuística no exhaustiva recogida en el artículo 145 LCSP, o como condiciones especiales de ejecución, análogas a las previstas en el artículo 202 de la misma, así como en la tramitación del preceptivo procedimiento de adjudicación que, si bien más sencillo que el contemplado en la legislación contractual, sigue el mismo esquema que éste, distinguiéndose claramente una fase de preparación o de contenido regulatorio, otra de selección y adjudicación, y una última de control de la ejecución, tal y como hemos visto.

Dichas similitudes, lejos de desvirtuar su naturaleza, le aportan la necesaria seguridad jurídica, sin perder ni un ápice del carácter singular que le otorga el hecho de tratarse de una institución jurídica que ha sido creada para satisfacer necesidades sociales, sanitarias y educativas, cuyo enfoque, por debajo del umbral comunitario, es diferente en cada Estado miembro, debido a sus tradiciones culturales, como apunta el Considerando 114 de la Directiva. Así lo demuestra el hecho de que la mayoría de las regulaciones autonómicas establezcan la aplicación supletoria de la normativa contractual en todo aquello que resulte compatible con la naturaleza de los conciertos.

Por otro lado, el principal inconveniente de esta novedosa institución jurídica, como vamos a ver en el capítulo siguiente, es que precisa de regulación previa, lo que requiere tiempo para su implementación, y puede dar lugar a ciertos "efectos perversos" derivados de la ausencia de un marco legal expreso que obligaría a



aplicar las reglas generales de la contratación pública²⁹. Además, al enmarcarse dentro de los sistemas de acreditación o licencia, exige de la Administración una rigurosa labor de inspección y control, a efectos de conceder a las entidades la autorización necesaria que les reconoce como aptas para la prestación de estos servicios.

Pese a ello, se trata de una figura con innegables virtudes, tanto por la calidad, estabilidad y continuidad que ofrece a los usuarios de los servicios, a los que implica, además, en la toma de decisiones, como por su flexibilidad, eficacia y competitividad, características éstas que la han convertido en una fórmula muy utilizada en países como Austria y Alemania. En España, se ha utilizado principalmente en los ámbitos sanitario y educativo, y en menor medida, en servicios sociales, si bien tras el importante movimiento legislativo producido estos últimos años en el ámbito autonómico, encaminado a redefinir las fórmulas de prestación de los servicios sociales, es muy probable que asistamos a una profusa utilización del mencionado instrumento en esta materia.

No obstante, *“habrá que esperar todavía un tiempo para poder evaluar la virtualidad práctica de este instrumento y su capacidad para equilibrar las exigencias de control del gasto público con la prestación de servicios sociales basados en el valor de la solidaridad”*³⁰.

²⁹ En esos términos se expresa GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA (2016): “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”,

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relcategoria.121/relmenu.3/chk.c14cc17589109ad49de2f2c7b93b1146>

³⁰ Así lo ha manifestado LAZO VITORIA, XIMENA (2016) Ob. Cit. página 22.

4. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: ESTUDIO DE UNA SOLUCIÓN VALLE A LA ESPERA DEL CORRESPONDIENTE DESARROLLO AUTONÓMICO

A lo largo del presente capítulo vamos a tratar de dar solución a un problema real que se ha producido en el Ayuntamiento de Logroño, provocado por la imposibilidad de utilizar la figura del concierto para la adjudicación del servicio de comedor social, dado que, pese a ser una fórmula contemplada en la Ley de Servicios Sociales de La Rioja, todavía se encuentra pendiente del obligado desarrollo reglamentario. Ante la ausencia de la necesaria normativa autonómica que permita la utilización de dicho instrumento, desde la Dirección General de Contratación se están estudiando otras alternativas para la contratación del referido servicio, que van a ser analizadas a continuación:

4.1. ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Logroño, en el marco de su política social, amparada por el artículo 25.2 k) de la LRBRL, que establece que *"el municipio ejercerá en todo caso competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de los servicios sociales y de promoción y reinserción social"*, adjudicó con fecha 30 de diciembre de 2004, el concierto para la prestación del servicio de comedor social y actividades complementarias a la institución benéfica "Cocina Económica de Logroño", de acuerdo con



lo dispuesto en el artículo 156 c) del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio de 2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), que regula dicha figura entre las formas de gestión indirecta de servicios públicos.

Esta fórmula contractual era la tradicionalmente utilizada por los poderes adjudicadores como alternativa a la gestión directa para la prestación de los llamados servicios a las personas, pese a que, tal y como ha quedado demostrado a lo largo del presente trabajo, nunca ha tenido un encaje perfecto ni con las especiales características de este tipo de servicios, que requieren una respuesta eficaz a las necesidades que precisan las personas en situación de vulnerabilidad, ni mucho menos con los principios que deben presidir la gestión de este tipo de prestaciones, como son la atención personalizada e integral, el arraigo, la continuidad en la atención y la calidad.

Por otro lado, la aplicación del concierto exigía el cumplimiento de un requisito subjetivo, dado que únicamente podía suscribirse con personas físicas o jurídicas que vinieran realizando prestaciones análogas a las del servicio público concreto que pretendiera adjudicarse, tal y como señalaba el referido artículo 156 c) TRLCAP.

En este sentido, la referida entidad, que fue declarada de utilidad pública por orden del Ministerio de 1 de enero de 1999, ha venido desarrollando en el inmueble nº 21 de la calle Rodríguez Paterna de Logroño la actividad de comedor social desde su inauguración, el 26 de septiembre de 1894. En aquel momento, el fundador contó con un grupo de colaboradores, la protección del entonces alcalde de la ciudad, el Marqués de San Nicolás, y las Hijas de la Caridad, quienes prestan sus servicios desde su inicio.

Lleva, por tanto, 125 años ofreciendo alternativas a los problemas de las personas en situación de vulnerabilidad o precariedad con absoluta entrega y dedicación. Su buen hacer y su fiel compromiso con los más desfavorecidos a lo largo de todos estos años la han convertido en una entidad muy reputada y con un fuerte arraigo entre la sociedad logroñesa, que ha reconocido, en innumerables ocasiones, su importante contribución al mantenimiento de la dignidad del ser humano y a la preservación de sus derechos fundamentales. Prueba de ello son los numerosos premios que ha recibido a lo largo de su andadura (el último, "IV Premio Valores familiares" el 9 de mayo de 2019).

Además, desde el año 1982 hasta el año 2002, fecha en la que se suscribió el primer concierto con el Ayuntamiento de Logroño, estuvo percibiendo de éste subvenciones de distinta cuantía como ayuda para el sostenimiento del servicio de comedor, lo cual refuerza la importante labor que Cocina Económica viene desempeñando desde su creación, que le ha supuesto el reconocimiento de toda la población.



Cocina Económica de Logroño, Hijas de la Caridad (1911)

Teniendo en cuenta dichas premisas, la adjudicación del servicio de comedor social se realizó por procedimiento negociado sin publicidad por entender que dicha institución, tanto por su larga tradición y amplia experiencia como por los medios materiales y humanos suficientes y cualificados de que disponía³¹, era la única

³¹ Uno de los puntos fuertes de Cocina Económica de Logroño es precisamente su amplio y comprometido equipo humano integrado por la Comunidad de las Hijas de la Caridad, 30 personas contratadas (técnicos en intervención psicosocial y otros profesionales) y alrededor de 190 voluntarios que, día a día, se esfuerzan por superar las barreras y obstáculos que genera la exclusión social. Respecto a los medios materiales, dispone de instalaciones adecuadas para el almacenaje y

que podía proporcionar todas las prestaciones objeto de contrato, adaptándolo a las nuevas necesidades derivadas de las importantes corrientes migratorias, que exigían el incremento de atenciones y servicios para garantizar la inserción social a sus usuarios.

El concierto se inició el día 1 de enero de 2005, con una duración inicial por periodo máximo de 6 años, pudiendo prorrogarse anualmente hasta el límite establecido en el artículo 157 TRLCAP, siempre que ninguna de las partes manifestara su voluntad en contrario antes del día 1 de octubre de cada año.

El servicio de comedor social tiene por objeto proporcionar alimentos a los vecinos de la ciudad de Logroño que carezcan de recursos económicos y sean remitidos por los profesionales de los Centros de Servicios Sociales Municipales y Centro Municipal de Acogida, así como a los transeúntes remitidos por la Policía Municipal y el Servicio de Transeúntes de Cáritas Diocesana.

Asimismo, la entidad Cocina Económica mantiene un Servicio de Corta Estancia que permite la admisión de personas mayores de 60 años que carecen de medios económicos así como de apoyos familiares y personales, mientras se procede a la correspondiente tramitación de ingreso en una Residencia de Tercera Edad.

El concierto ha sido modificado en diversas ocasiones para la incorporación tanto del servicio de comida a domicilio, a través del cual se suministran raciones de comida preparada, en recipientes herméticos

conservación de alimentos, un muelle de carga y descarga, en el que se han instalado dos cámaras, una frigorífica y otra congeladora, ambas de gran capacidad, una consigna para el depósito de enseres durante las comidas, así como de aseos para hombres, mujeres y discapacitados.



desechables, a las familias que lo precisen, como del servicio de encuentro y acogida para personas sin hogar, que está dirigido a personas indomiciliadas asentadas en la ciudad de Logroño, que no acceden a los recursos existentes en la ciudad de forma continuada, y que se encuentran en la calle, con un importante historial de cronicidad, con desarraigo social, falta de hábitos normalizados para la autonomía, problemas de salud, alcoholismo, trastornos mentales, etc., que viven precariamente de las prestaciones o pensiones que reciben, y de la mendicidad.

Por tanto, Cocina Económica no se limita simplemente a proporcionar sustento a personas sin recursos, sino que además realiza una labor asistencial, de acompañamiento y seguimiento, de prevención y orientación, que tiene como principal objetivo la consecución de fines educativos, terapéuticos, de rehabilitación, de promoción personal y de reinserción social de aquellas personas en situación de precariedad y vulnerabilidad.

Por todo ello, se ha convertido en una institución de referencia en la ciudad de Logroño, caracterizada por la cercanía y empatía de sus profesionales, y el establecimiento de una relación de ayuda significativa que permite mejorar la calidad de vida de las personas usuarias del servicio, ofreciéndoles alternativas de futuro.

Tras las sucesivas prórrogas y actualizaciones anuales, la vigencia del concierto finalizó el 31 de diciembre de 2016.

4.2. SITUACIÓN ACTUAL

Una vez finalizada la prestación del servicio de comedor social el 31 de diciembre de 2016, el Ayuntamiento de Logroño solicitó a la asociación "Cocina Económica" que

continuará en la prestación de dicho servicio, hasta la formalización del nuevo contrato.

El principal motivo que esgrimió la Unidad de Servicios Sociales para justificar la adopción de dicha medida fue la imperiosa necesidad de seguir contando con un servicio imprescindible para la población más desfavorecida, reconociendo así el fiel compromiso de la referida entidad con las personas sin recursos, y su importante labor, que no sólo se limita a proporcionarles el sustento necesario para sobrevivir, sino que además desarrolla una labor educativa, terapéutica y asistencial que resulta crucial para posibilitar alternativas de futuro a estas personas en situación de vulnerabilidad, contribuyendo de esta forma al mantenimiento de su dignidad y a la preservación de sus derechos fundamentales.

Pese a las poderosas razones de interés público que avalaron el encargo, el Ayuntamiento de Logroño, al actuar de ese modo, ordenando la realización del servicio de comedor social obviando la aplicación de la legislación contractual, vulneró lo dispuesto en el artículo 55 TRLCAP (actual artículo 37 LCSP), que prohíbe la contratación verbal, salvo que el contrato tenga el carácter de emergencia, circunstancia que no se produce en el presente supuesto.

Estamos, por tanto, ante una contratación que, al haberse producido al margen del procedimiento legalmente establecido, adolece del vicio de nulidad absoluta y, en consecuencia, no puede desplegar efectos jurídicos entre las partes. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que considera la contratación verbal como un



pacto radicalmente nulo, concluyendo que no pueden derivarse obligaciones de un contrato inexistente³².

No obstante dicha conclusión, no podemos obviar que la entidad Cocina Económica ha venido realizado realmente una serie de prestaciones que, si bien no pueden ampararse legalmente en la normativa contractual, encuentran sustento jurídico en el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, que obliga a restituir al contratista el importe de la prestación efectivamente realizada³³.

Sin embargo, tal y como viene apuntando el Consejo de Estado en su doctrina³⁴, estas adjudicaciones realizadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento contractual constituyen uno de los supuestos de nulidad de pleno derecho recogidos en el artículo 62 TRLCAP (actual artículo 39 LCSP), y por tanto, con carácter previo al abono de la correspondiente factura deberá

³² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1989.

³³ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1976 señala que ante: *"Un contrato concertado por una Corporación Local con ausencia de trámites, no puede hablarse de efectos de él dimanantes directamente, y de haberse producido cualquier tipo de prestaciones entra las partes, nunca sería permisible sujetarlas en la regulación de sus efectos a la Ley de Contratos, sino al juego de los principios generales del ordenamiento jurídico, en su caso al del enriquecimiento injusto"*.

³⁴ Es ilustrativo, a estos efectos, el Dictamen del Consejo de Estado número 1724/2011 de fecha 21 de diciembre de 2011 cuando señala que: *"la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato."*

procederse a la declaración de nulidad a través de los cauces previstos, esto es, tramitando el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, que se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título V de la LPAC (artículos 102 a 106), tal y como dispone el artículo 64 TRLCAP (actual artículo 41 LCSP).

En consecuencia, el procedimiento que se ha de seguir en estos casos y sus efectos se establece en los artículos 41 y 42 de la LCSP y artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local (en adelante RCISL)³⁵. Así lo ha manifestado la "Instrucción 2/2012 de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía de las Illes Balears sobre la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular", que señala que, en casos de contratación con vicios de nulidad plena, es

³⁵ En el ámbito local, con la entrada en vigor del RCISL, se producen importantes cambios en los procesos de control y revisión de contratos irregulares. Antes de la promulgación del referido reglamento, el mecanismo utilizado para subsanar cualquier irregularidad detectada en el seno de un procedimiento de control interno era el reconocimiento extrajudicial de crédito (que se resuelve por el Pleno municipal directamente sin ninguna intervención externa). Sin embargo, tras la aprobación del RCISL, deben aplicarse los mecanismos propios de la revisión de oficio con la declaración de lesividad y la nulidad de los actos de contratación irregular. Y solamente una vez resuelta la irregularidad contractual, y efectuada la recepción o comprobación formal de la prestación, procedería utilizar la figura del reconocimiento extrajudicial de crédito como el instrumento habilitante para el reconocimiento de obligaciones a aplicar al presupuesto de la entidad local.



necesario iniciar la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio y obtener el dictamen del órgano consultivo correspondiente para declarar la nulidad de la contratación suscrita ilegalmente con una empresa determinada, y ordenar la liquidación para su abono al contratista, si procede, previa oportuna tasación de los costes.

Ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización y tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la necesaria compensación al contratista por los trabajos realizados³⁶.

A tales efectos, es preciso llevar a cabo una investigación sobre los hechos y las conductas realizadas tanto por la Administración como por la empresa que realizó los trabajos para dilucidar si las actuaciones se produjeron de buena fe, en cuyo caso, la reparación debería ser integral debiendo indemnizar al contratista el beneficio industrial dejado de percibir³⁷. No obstante, se trata de

³⁶ En este mismo sentido se han manifestado, además del Consejo de Estado en su Dictamen de 21 de diciembre de 2011, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, Dictamen nº 250/2011, y el Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen nº 270/2002 y Dictamen nº 578/2013, entre otros.

³⁷ Así lo ha entendido ORQUÍN SERRANO, JUAN JOSÉ (2018): "Cuestiones a tener en cuenta ante la nulidad de los contratos administrativos", El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 9/2018, septiembre. Ed. Wolters Kluwer, cuando señala que *"Carece de sentido que cuando la Administración resuelva un contrato administrativo sí se reconozca el beneficio industrial en los términos y supuestos previstos en la LCSP, y cuando la irregularidad cometida por la Administración es aún mayor (dado que el vicio es de extrema gravedad, lo que provoca la*

una cuestión muy discutida que ha dado lugar a pronunciamientos judiciales dispares³⁸.

De acuerdo con estas premisas, el Ayuntamiento de Logroño, tras comprobar las prestaciones efectivamente realizadas por la entidad Cocina Económica de Logroño y efectuar la oportuna tasación de los costes ha reconocido extrajudicialmente el crédito debido, y ha procedido al abono de las facturas correspondientes a los servicios prestados durante los meses de enero de 2017 a noviembre de 2018, encontrándose el resto de facturas pendientes de abono, en tanto se tramita el referido procedimiento de revisión de oficio, en virtud del cual se declarará la nulidad de las actuaciones y se fijará el importe de la deuda que ha de reconocerse a la empresa contratista, previo informe del Consejo Consultivo de La Rioja.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, podemos concluir señalando que, en estos supuestos en los que se ha producido una contratación irregular, la Administración debe poner fin a esa situación anormal. Por tanto, se han de liquidar las prestaciones ya

nulidad de las actuaciones), no se reconozca dicho beneficio, por cuanto ello beneficia a la Administración incumplidora de la legalidad en detrimento del contratista, siempre que éste no tenga culpa alguna en la irregularidad cometida. La reparación del daño y, por tanto, el efecto indemnizatorio, debe ser integral."

³⁸ Unas veces a favor de incluir el beneficio industrial (STS 14 octubre 2015 y STS de Sala Tercera Contenciosa Administrativa, Sección 4ª, de 11 de mayo de 2004, rec. 3055/1999. Ejecución de obras no previstas en el proyecto inicial) y otras en contra (Dictamen Consejo Estado 16/11/17).



realizadas y proceder, en su caso, al abono de las facturas para evitar el enriquecimiento injusto, previa tramitación del procedimiento descrito anteriormente. El resto de actuaciones necesarias para satisfacer las finalidades de la Administración se han de contratar con plena sujeción a la normativa contractual. Así lo ha reconocido la Instrucción 2/2012 de 12 de marzo antes referida, poniendo de manifiesto que “el hecho de permitir la continuación de la situación anormal podría desencadenar graves responsabilidades tanto para el órgano de contratación como para la empresa ejecutora” (responsabilidad patrimonial, civil y penal, disciplinaria y contable).

Precisamente para remediar esta situación anómala, el Ayuntamiento debería suscribir un concierto social con la asociación Cocina Económica, dado que, tal y como hemos ido avanzando, es la figura más adecuada si tenemos en cuenta las características específicas del servicio y de la propia entidad, que además de carecer de ánimo de lucro, dispone de la infraestructura necesaria y de una amplia experiencia avalada por los 125 años de intensa actividad en el sector, que la han convertido en una de las instituciones de referencia para la población logroñesa por la cercanía de sus profesionales, la máxima calidad asistencial de sus servicios y la garantía de una atención personalizada e integral, ofreciendo alternativas a los problemas individuales y colectivos de las personas en situación de vulnerabilidad, siempre de una forma coherente con el arraigo de los usuarios en su entorno.

El principal inconveniente con el que nos encontramos para formalizar la referida acción concertada, y que ya adelantamos en el capítulo segundo del presente trabajo, es que requiere de tiempo para su implementación, lo que, en el caso concreto de la

Comunidad Autónoma de la Rioja, se traduce en que, pese a tratarse de una figura contemplada en la Ley 2/2018, de 30 de enero, de medidas fiscales y administrativas para el año 2018 por la que se modifica la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, está pendiente de desarrollo reglamentario, lo cual imposibilita su aplicación en tanto no se promulgue la citada normativa.

Ante la imposibilidad de utilizar este instrumento, que, como ya ha quedado demostrado en el análisis precedente, es el que mejor encaje tiene para la prestación de este tipo de servicios, desde la Dirección General de Contratación del Ayuntamiento de Logroño se están estudiando otras fórmulas alternativas, que van a ser objeto de estudio en el epígrafe siguiente:

- Posibilidad de utilizar la reserva de contratos que permite la Disposición Adicional 48ª.
- Adjudicar directamente el contrato a Cocina Económica a través del procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168 a) 2º LCSP, o bien utilizar el procedimiento abierto, si se acredita que no es posible la adjudicación directa.

4.3. POSIBLES SOLUCIONES: JUSTIFICACIÓN DE SU VIABILIDAD JURÍDICA

4.3.1. Reserva de contratos (D.A. 48º LCSP)

La posibilidad de reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios sociales del Anexo IV, como ya sabemos, está



condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos acumulativos contemplados en la Disposición Adicional 48ª LCSP.

En nuestro caso, la entidad "Cocina Económica de Logroño" tiene indudablemente una misión de servicio público, consistente en proporcionar sustento a personas sin recursos a la vez que realiza una labor asistencial, terapéutica, y de promoción y reinserción social de los más desfavorecidos, tal y como ha quedado patente en el epígrafe 1 del presente capítulo. Además, los beneficios que obtiene están orientados a la consecución del objetivo de la organización, que no es otro que ofrecer alternativas a los problemas de las personas en situación de vulnerabilidad o precariedad con absoluta entrega y dedicación.

Pese a ello, los empleados no participan en las estructuras de dirección o propiedad de la organización, careciendo, por tanto, de la facultad para adoptar decisiones en el seno de la misma.

Por lo expuesto, y ante el incumplimiento de la condición exigida en el apartado 2 c) de la Disposición Adicional 48ª de la LCSP, no es posible utilizar la reserva de contratos como mecanismo para la adjudicación del servicio de comedor social, pese a tratarse de una de las prestaciones contempladas en el Anexo IV de la LCSP.

4.3.2. Adjudicación directa

Una vez descartada la reserva de contratos por los motivos expuestos, es preciso analizar la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar directamente el servicio de comedor social a la entidad Cocina Económica de Logroño.

En este sentido, es menester señalar que la adjudicación de los contratos debe realizarse, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido, de

manera que el procedimiento negociado es un procedimiento de carácter excepcional que únicamente puede utilizarse en los supuestos enumerados taxativamente en la LCSP, los cuales deben ser objeto de interpretación restrictiva, precisamente para no vulnerar el derecho de los licitadores a participar, en condiciones de igualdad, en el procedimiento de contratación, debiendo justificarse “debidamente” en el expediente la decisión de acudir a este procedimiento, tal y como exige el art. 116.4 LCSP ³⁹.

Se trata, por tanto, de un procedimiento extraordinario que únicamente podrá utilizarse cuando concorra alguno de los supuestos recogidos en el artículo 168 a) 2º de la LCSP, que autoriza acudir al procedimiento negociado sin publicidad *“cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”*.

En consecuencia, sólo los supuestos mencionados habilitan la utilización de dicho procedimiento excepcional, no pudiendo hacerse extensivo a otros no

³⁹ Así lo han manifestado tanto la JCCAE en su informe 11/2004 de 7 de junio, como la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Recomendación 1/2016, de 20 de abril.



recogidos en el citado precepto, puesto que no cabe su aplicación analógica. Por este motivo, si existen dudas en su aplicación no procederá su utilización.

La LCSP no modifica, por tanto, las razones que, por motivos de exclusividad, pueden aducirse para utilizar el procedimiento negociado, si bien las desarrolla y, en el párrafo segundo del citado apartado del artículo 168, establece qué se entiende por no existencia de competencia por razones técnicas y protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, indicando que dichos supuestos únicamente se aplicarán: *"cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato."*

Actualmente, el artículo 32.2 b) de la Directiva 2014/24/UE prevé que se pueda utilizar cuando las obras, suministros y servicios sólo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto cuando el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, no exista competencia por razones técnicas, o deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial, y que estas dos últimas excepciones *"sólo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación"*.

En relación con este supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, hay que tener en cuenta también que el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece que, por sus efectos perjudiciales

sobre la competencia, se tiene que utilizar únicamente en circunstancias muy excepcionales; y que las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, dado que *"no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente sólo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato"*;

Asimismo, determina que la exclusividad también puede surgir por otros motivos, pero que *"únicamente las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación"*, y siempre que dicha situación de exclusividad *"no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación"*; y que *"los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución, incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador, o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional"*.

Además, este considerando 50 especifica que cuando la situación de exclusividad sea por razones técnicas, se tienen que definir y justificar rigurosamente para cada caso particular; que entre estas razones *"hay que citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que sólo estén a disposición de un único operador económico"*, y que *"pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de*



seguridad que deban cumplirse con el fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse”.

Igualmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) este supuesto de utilización del procedimiento negociado debe ser objeto de una interpretación estricta y, en todo caso, su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra parte, que estas razones hagan “absolutamente necesaria” la adjudicación del contrato a una empresa determinada⁴⁰.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE) también se ha pronunciado respecto de esta causa habilitante de utilización del procedimiento negociado en numerosos informes, dejando claro que, en ningún caso, podrá utilizarse por razones de “mera conveniencia u oportunidad” del órgano de contratación de adjudicar el contrato directamente a un empresario determinado, sino que procederá cuando “sólo se pueda encomendar a un único empresario⁴¹”. Lo decisivo, por tanto, es que exista un único empresario a quien pueda encomendarse la ejecución del contrato, “siendo motivo indirecto y remoto que es o sea debido a su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva⁴²”.

⁴⁰ Vid. Sentencias de 3 de mayo de 1994 (asunto C-328/92); de 14 de septiembre de 2004 (asunto C-385/02), y de 2 de junio de 2005 (asunto C394/02).

⁴¹ Vid. Informe de la JCCAE 11/04, de 7 de junio.

⁴² Así lo dispone tajantemente la JCCAE en su informe 52/06, de 11 de diciembre.

En consecuencia, la causa habilitante de la utilización del procedimiento negociado es la existencia de un solo empresario "y no la genérica e indeterminada de la existencia de razones artísticas, técnicas o derechos de exclusividad"⁴³.

Por tanto, tal y como venimos afirmando, la circunstancia esencial que permite la utilización del procedimiento negociado por la causa del artículo 168 a) 2º de la LCSP, es que objetivamente exista una única empresa o profesional capacitado para realizar la prestación objeto del contrato, ya sea por una razón técnica, artística o de derechos de exclusiva, de manera que sea innecesaria la licitación del contrato, al no existir posibilidad de promover la concurrencia, sin que puedan alegarse motivos distintos a los tasados en dicha ley⁴⁴. En este sentido, es menester precisar que no concurrirá una razón técnica cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad se fundamente en razones que no son objetivas sino que obedecen a una situación singular generada por la propia Administración contratante al exigir en los pliegos unos requisitos técnicos que se conoce de antemano que sólo

⁴³ Vid. Informes de la JCCA de 30 de marzo y 7 de junio de 2004, y de 30 de octubre de 2006.

⁴⁴ Así lo ha puesto de manifiesto la JCCA de la Comunidad de Madrid en su reciente informe 3/2018 de 25 de mayo, y el TACRC en numerosas resoluciones: Resolución 316/2017, de 31 de marzo y otras, Resolución nº 363/2017, 21 de abril, Resolución nº 530/2016, 8 de julio y Resolución nº 410/2016, 27 de mayo, Resolución nº 444/2017, de 27 de mayo.



puede cumplir una empresa determinada, restringiendo así de modo artificial la concurrencia⁴⁵.

Además, “la utilización de este supuesto exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre una situación de exclusividad, pues no sólo es que se restrinja la libre concurrencia respecto de los procedimientos ordinarios abierto y restringido, sino que se prescinde también de la publicidad, que es un principio que rige, igualmente, en determinados supuestos del procedimiento negociado⁴⁶”. En caso contrario, el procedimiento se encontraría afectado por un vicio de nulidad de pleno derecho por vulneración del principio de concurrencia, principio angular de la contratación pública⁴⁷.

“Igualmente razones de eficacia económica aconsejan restringir al máximo la utilización del procedimiento negociado sin concurrencia puesto que, al no existir competencia, la adjudicación puede recaer en una oferta que en un procedimiento abierto no hubiese resultado la más ventajosa económicamente⁴⁸”.

La concurrencia de la razón determinante y justificativa del procedimiento negociado, es una cuestión de prueba

⁴⁵ Vid. Informe 2/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.

⁴⁶ Así lo ha afirmado la Resolución 75/2012 de 12 de julio del TARC de la Junta de Andalucía, y en los mismos términos, la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la JCCA de Aragón.

⁴⁷ “GUÍA DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL” VV.AA. (2019), editada por la Federación Española de Municipios y Provincias en marzo de 2019 (págs. 135 a 141).

⁴⁸ En este sentido se ha manifestado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 92/2017, de 22 de marzo y 51/2015, de 6 de abril.

o justificación que, además de resultar fehaciente y verdadera⁴⁹, habrá de constar necesariamente en el expediente de contratación, careciendo de validez las fórmulas generales o abstractas. Lo decisivo es que, para el caso concreto y por el conducto pertinente, se justifique adecuada y suficientemente en el expediente la existencia de un solo empresario que pueda realizar el objeto del contrato sin restricción del ámbito territorial de la exclusividad.

De hecho, es el órgano de contratación quien debe asumir la carga de la prueba de que concurren las circunstancias que habilitan la aplicación de este supuesto⁵⁰. En este sentido, la doctrina manifiesta reiteradamente que no puede considerarse suficiente la incorporación en el expediente de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa que justifique que es la única que puede ejecutar la prestación objeto del contrato, sino que es necesario que el órgano de contratación a través, en su caso, de los servicios técnicos competentes, justifique y acredite la exclusividad. Tal acreditación puede realizarse mediante un informe técnico que argumente

⁴⁹ Vid. STJUE de 2 de junio de 2005 C394/2002, Comisión-República Helénica.

⁵⁰ Así lo ha manifestado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2004, en el asunto Comisión/Italia, C- 385/02 (*véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13*), y en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Cuentas en su informe 1066, de 20 de diciembre de 2014.



suficientemente la concurrencia de una sola empresa⁵¹, o mediante la incorporación al expediente de un "certificado emitido por un técnico independiente", en el cual se acredite que es la única entidad que puede realizar el objeto del contrato⁵².

En definitiva, la adjudicación de un contrato fundamentado en la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados en el artículo 168 a) 2º LCSP, procede cuando es imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encargarse de la ejecución del contrato, debiendo el órgano de contratación justificar y acreditar dicho extremo en el expediente. En todo caso, no concurrirá una razón técnica en el sentido de este precepto cuando existan alternativas razonables o soluciones equivalentes en el mercado, y la ausencia de competencia no sea objetiva ni real sino artificial o fruto de unos requerimientos técnicos que sólo pudiera cumplir una única empresa o profesional⁵³.

Resulta particularmente relevante señalar, en este sentido, que "la cuestión de la equivalencia es una cuestión de orden técnico y si se acredita dicha equivalencia, desde el punto de vista técnico, nada debe impedir la concurrencia efectiva", debiendo articularse

⁵¹ Vid. Informe JCCA E nº 23/10, de 24 de noviembre de 2010 y los informes de 30 de marzo y 7 de junio de 2004 y de 30 de octubre de 2006, emitidos en los expedientes 57/03, 11/04 y 35/06.

⁵² Así lo ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 504/2014 de fecha 4 de julio de 2014.

⁵³ Vid. Informe 2/2016 de 6 de abril de la JCCA de la Generalitat de Catalunya, Acuerdo 29/2016 de 14 de junio del TACP de Navarra y Resolución 195/2017 del TARC de la Junta de Andalucía.

jurídicamente la correspondiente contratación a través de alguno de los procedimientos ordinarios⁵⁴.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, y centrándonos ya en nuestro caso concreto, es menester señalar que, pese a que el servicio de comedor social fue adjudicado a la entidad Cocina Económica de Logroño mediante procedimiento negociado sin publicidad, aduciendo que dicha entidad era la única que podía prestar el referido servicio, lo cierto es que dicha afirmación no se justificó de una forma fehaciente y veraz, y parecía obedecer más a meras razones de conveniencia u oportunidad de la Administración que a una exclusividad objetiva y real.

El hecho de que dicha entidad ostente una mejor posición en el mercado por poseer la infraestructura necesaria, acreditar una experiencia centenaria en el sector y contar con un fuerte arraigo entre la población logroñesa, no justifica, per se, su contratación directa ni puede provocar la exclusión inicial de los proveedores mediante el uso de un procedimiento de adjudicación que restringe toda competencia, si previamente no hemos acreditado de forma irrefutable en el expediente que Cocina Económica es la única institución que puede prestar el servicio de comedor social.

En consecuencia, y dado que el Ayuntamiento de Logroño carece de argumentos de peso que justifiquen la ausencia de competencia y la consiguiente

⁵⁴En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en su Informe 15/2012, de 30 de noviembre.



adjudicación directa del contrato, y tampoco disponemos de un certificado emitido por un técnico independiente, que, en mi opinión, tampoco gozaría de presunción de infalibilidad, resulta exigible del órgano de contratación una actuación de comprobación real del mercado que asegure que no existen otras empresas que tengan capacidad para prestar el servicio, y garantice que sólo la referida entidad puede satisfacer la necesidad planteada por la Administración.

Para ello, desde la Dirección General de Contratación se ha propuesto lanzar una consulta preliminar al mercado con la finalidad de conocer si existen operadores económicos interesados en la prestación del servicio de comedor social, articulada en los términos que vamos a exponer a continuación.

4.3.3. Consulta preliminar al mercado

Un aspecto fundamental a la hora de licitar cualquier contrato es identificar correctamente las necesidades del órgano de contratación. Ello exige conocer suficientemente el contrato en cuestión y valorar las distintas opciones que el mercado es capaz de ofrecer. No obstante, la realidad demuestra que no siempre los entes públicos poseen dichos conocimientos, o al menos, no con el grado de detalle requerido, lo cual "conlleva la elección de una oferta inadecuada y, en consecuencia, la ineludible modificación del contrato en fase de ejecución para paliar la indefinición inicial, de modo que será, con suerte, durante su ejecución, cuando el poder adjudicador vaya advirtiendo qué era lo que necesitaba. Todo ello se traduce en una gestión ineficiente y una

violación flagrante de los principios rectores de la contratación pública⁵⁵”.

En este sentido, el Consejo de Estado puso de relieve que, “a los compradores, les resulta útil conocer la experiencia y los saberes de los eventuales oferentes para aprovecharlos a la hora de definir las características del bien o servicio a adquirir y así satisfacer mejor sus necesidades⁵⁶”.

Precisamente, como instrumento que va a coadyuvar en la obtención de información para planificar exitosamente la licitación, la Directiva 2014/24/UE introdujo las denominadas “consultas preliminares al mercado”, que constituyen una herramienta eficaz para *“preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento”*. Así lo señala el artículo 115 LCSP que, siguiendo las previsiones de los artículos 40 y 41 de la referida Directiva, impone al órgano de contratación la obligación de velar por el adecuado respeto de los principios de no discriminación y transparencia, prohibiendo que las consultas realizadas puedan comportar ventajas para las empresas participantes, las cuales podrán intervenir en el procedimiento de contratación que, en su caso, se tramite, siempre que se adopten las medidas necesarias

⁵⁵ VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER (2019): “Las consultas preliminares al mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública” <http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/08DocumentosdeTrabajo/Otros/consultas%20preliminares%20csp%20vdf.pdf>

⁵⁶ Vid. Dictamen 1116/2015, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.



para evitar distorsiones de la competencia. Además, el órgano de contratación, al elaborar los pliegos, deberá utilizar la información obtenida, debiendo, en caso contrario, dejar constancia de los motivos que le han llevado a no hacerlo en el informe final que efectúe plasmando las actuaciones realizadas.

Hasta la promulgación de la citada Directiva, que reconoce por primera vez en sede normativa este instrumento, dichas consultas habían venido realizándose “en la sombra y de una manera discreta⁵⁷”, informal, a empresas de confianza, si bien esta forma de proceder normalmente suponía el otorgamiento de ciertas ventajas a los operadores consultados, y podía dar lugar a prácticas colusorias y conflictos de intereses, vulnerando, de este modo, los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato, principios rectores de la contratación pública.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) define las consultas preliminares como “el conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones de mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas⁵⁸”.

Estamos, por tanto, ante un instrumento que nos va a permitir conocer el mercado, a través de la información facilitada por fuentes especializadas, y conseguir de esta forma una mejor confección de los documentos contractuales, y por ende, una contratación más eficaz,

⁵⁷ GARCÍA MELIÁN, JUAN CARLOS (2019): “Las consultas preliminares de mercado un año después”, Gabilex, Vol. Nº extraordinario marzo 2019.

⁵⁸ Vid. Resolución del TACRC 1093/2017 de 17 de noviembre de 2017.

eficiente e incluso íntegra⁵⁹, procurando un mayor avance en la lucha contra la corrupción. En nuestro caso, además, nos va ayudar a asegurar o descartar la existencia de potenciales proveedores del servicio demandado por la Administración.

Se trata, además, de una técnica que debe implementarse por profesionales con un alto grado de especialización, habilidades de negociación y capacidad para promover la integridad, evitando que pueda convertirse en una “tapadera para prácticas corruptas y clientelares⁶⁰”, que desvirtuarían por completo la utilidad de este instrumento.

La regulación que de las consultas preliminares realiza el artículo 115 LCSP no es exhaustiva, quizás porque “la previsión legal de una regulación completa y detallada con unas reglas procedimentales rígidas implicaría el fracaso de esta herramienta⁶¹”. Al tratarse de un mecanismo potestativo para el órgano de contratación, éste debe poder adaptar la consulta al caso concreto al que pretenda aplicarla, sin que ello signifique la ausencia total de procedimiento.

⁵⁹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): “Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las compras públicas inteligentes”, *Revista española de Derecho Administrativo*, Vol. Nº 191, abril-junio de 2018, y, en los mismos términos, el informe 19/2014 de la JCCA de la Generalitat de Cataluña.

⁶⁰ LÓPEZ DONAIRE BELÉN (2017): “Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas Directivas”, *Contratación Administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Vol. Nº 147, (págs. 70-78).

⁶¹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018) Ob. Cit. Página 14.



Es claro, por tanto, que la falta de regulación normativa del procedimiento para la realización de consultas preliminares confiere al órgano de contratación una gran discrecionalidad para su configuración, siempre que se respeten los principios angulares de la contratación pública y no se falsee o restrinja la competencia.

La Guía para las autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación editada por la Comisión Europea recoge distintas fases del procedimiento:

Una primera fase en la que el órgano de contratación debe decidir el ámbito de la consulta, identificando las necesidades de los destinatarios del contrato y los objetivos que se quieren atender y, si se conocen, un esbozo de las prestaciones que serán objeto del contrato posterior. Asimismo, debe valorar el perfil de los interlocutores a los que dirigirá la consulta (centros de investigación, autoridades independientes, fabricantes, proveedores de servicios, subcontratistas, integradores de sistemas, investigadores, tercer sector, etc.), lo cual exige una labor previa de investigación y estudio.

Una vez decidido el ámbito de la consulta, se debe elegir el formato de consulta más apropiado y definir el plan más eficiente para llevarla a cabo, valorando el uso de encuestas, cuestionarios, formularios escritos, entrevistas o reuniones presenciales, telefónicas u online, jornadas de puertas abiertas y presentaciones realizadas por los propios proveedores, foros on line, etc. Aunque en los últimos tiempos han cobrado especial protagonismo los "encuentros con el mercado" o "Meet The Market events", considero que se trata de un formato de uso muy excepcional, dada la complejidad de su preparación, su excesivo coste y la propia actitud de los operadores económicos, que son reacios a mostrar a los demás sus soluciones específicas, lo que requiere la posterior celebración de entrevistas privadas en las que sí se perfilan dichas soluciones.

Asimismo, es preciso fijar un cronograma de actuaciones a realizar para el desarrollo de la consulta, indicando con claridad los plazos de ejecución, valorando, a tales efectos, los recursos tanto técnicos como personales, con los que se cuenta para materializar la consulta, de acuerdo con el formato elegido. Además, deben prepararse los documentos oficiales que deben distribuirse como parte de la consulta, tales como documentos informativos.

Posteriormente, la consulta se convocará por el órgano de contratación, a través de un anuncio de información previa, y se notificará a los interlocutores elegidos, además de publicarse en el Perfil de Contratante y en aquellos medios que permitan la máxima difusión, como pueden ser periódicos, webs de interés para la industria o boletines especializados.

Tras la convocatoria, tendrá lugar el desarrollo de la consulta y obtención de información conforme al formato elegido. En este momento cobra especial importancia la cuestión de la confidencialidad, que exige no revelar a los participantes las soluciones propuestas por los demás, que solo serán íntegramente conocidas por el órgano de contratación, y respetar el carácter confidencial de cualquier información facilitada por los participantes que aporte soluciones concretas vinculadas a secretos técnicos o comerciales, cuando así lo pidan sus autores.

Finalmente, se elaborará un informe motivado en el que se dará cuenta detallada de toda la información obtenida con la consulta, así como de los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, los operadores económicos participantes, las cuestiones planteadas y las respuestas facilitadas, preservando sus autorías. Como ya hemos señalado, el órgano de contratación



tiene la obligación de utilizar la información resultante de la consulta realizada a la hora de elaborar los futuros pliegos, debiendo, en caso contrario, reflejar los motivos por los que no lo ha hecho en el informe, que deberá publicarse en el Perfil de Contratante.

Por otra parte, en caso de que llegue a convocarse un procedimiento contractual relacionado con el objeto de la consulta, en el anuncio de licitación o convocatoria que lo preceda debería incluirse un resumen de los resultados obtenidos y de sus implicaciones para el procedimiento de contratación, especialmente cuando se haya consultado a operadores económicos del mercado, al objeto de evitar dudas acerca de la falta de transparencia o de la vulneración de principios como el de igualdad de trato.

En este sentido, es menester señalar que, antes de poner en marcha un proceso de contratación, se deberán tomar medidas para evitar cualquier distorsión de la competencia, comunicando a los demás candidatos y licitadores la información intercambiada, preservando el secreto de aquélla que goce de un verdadero carácter confidencial, y estableciendo plazos adecuados para la recepción de las ofertas, pudiendo excluir a los participantes en la consulta cuando no haya otros medios para garantizar la igualdad de trato, siempre que se lleve a cabo un procedimiento contradictorio para que tengan la oportunidad de probar que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o proporcionarle un trato privilegiado con respecto al resto de licitadores, tal y como señalan los artículos 70 LCSP y 41 de la Directiva 24/14/UE.

Teniendo en cuenta las indicaciones citadas y la conveniencia de actuar de forma metodológica y programada, a través de un procedimiento transparente en el que se adopten las prevenciones precisas para evitar que se vulnere el principio de igualdad de trato, desde la Unidad de Servicios Sociales del Ayuntamiento

de Logroño, bajo la supervisión de la Dirección General de Contratación, se ha emitido informe técnico en el que se justifica que estamos ante un contrato, el servicio de comedor social, que, si bien, tradicionalmente ha sido adjudicado directamente a la entidad Cocina Económica, a través del procedimiento negociado sin publicidad, en la actualidad no podemos demostrar que objetivamente dicha entidad sea la única empresa capacitada para prestarlo, por lo que es necesario celebrar una consulta preliminar, cuyo objeto será recabar información de operadores económicos del sector para conocer su opinión y que colaboren en el diseño de la posible licitación, indicando los elementos necesarios para garantizar una concurrencia efectiva⁶².

En dicho informe se concreta, además, el perfil de los interlocutores, señalando que la convocatoria será abierta y se dirigirá a personas físicas o jurídicas, con y sin ánimo de lucro, todos ellos operadores económicos cuya actividad tenga por objeto el sector hostelero, así como las entidades en cuyo objeto social se incluya la atención a personas vulnerables, mediante el servicio de comedor social.

Asimismo, se define el formato de consulta más apropiado. En este sentido, la práctica del Ayuntamiento demuestra que lo mejor son soluciones mixtas en las que se establezcan fases que combinen varios formatos, ya que, en los procedimientos tramitados con anterioridad,

⁶² En este sentido, conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 37.2 b) del TRLCSP, que regulaba los anuncios de transparencia previa, cuya virtualidad podría considerarse similar a la función que desempeñan, en la actualidad, las consultas preliminares, no previstas en la derogada normativa.



tras las encuestas fue necesario organizar reuniones presenciales con cada uno de los participantes para concretar extremos que en otro caso eran demasiado generalistas.

Por ello, se ha considerado que lo más operativo es iniciar la consulta con el siguiente cuestionario, tras lo cual se mantendrán reuniones privadas con los distintos participantes:

1. ¿Cree que el objeto de este contrato sólo puede ser cumplido por la entidad "Cocina Económica de Logroño" por motivos de exclusividad técnica?
2. ¿Tiene interés para su empresa o entidad, participar en una eventual licitación de un contrato de servicios?
3. ¿Puede ofrecer un menú de calidad a los precios que el Ayuntamiento satisface a la Entidad prestadora del servicio?, ¿cree, por el contrario, que debe incrementarse?, ¿en cuánto?
4. ¿Podría desglosar el coste del menú en costes directos e indirectos, más gastos generales y beneficio industrial?
5. ¿Dispone o puede disponer de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio, en la Ciudad de Logroño?
6. Si se llevara a cabo una licitación, ¿cuál cree que sería el procedimiento adecuado?, ¿abierto,

negociado con publicidad o la reserva de contratos prevista en la DA 48ª?

7. ¿Cuáles serían, a su juicio, los criterios de adjudicación idóneos para la realización de una evaluación comparativa de las ofertas?, ¿cuál su ponderación?
8. ¿Mejoraría la metodología de acceso y de coordinación con los Servicios Sociales del Ayuntamiento?
9. Indique las sugerencias, observaciones o modificaciones que incluiría para mejorar la calidad del servicio.

En el modelo de cuestionario confeccionado se señala expresamente que la participación en esta Consulta Preliminar de mercado no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que, en su caso, se tramite, si bien, no otorgará derecho ni preferencia alguna respecto de la adjudicación del contrato que pudiera celebrarse con posterioridad y como consecuencia de ella. Además, se hace constar que dicha participación es meramente a título informativo, por lo que el Ayuntamiento de Logroño no adquiere ningún compromiso económico y todos los costes económicos derivados de la misma serán a cargo de los participantes.

Asimismo, se informa que el uso que el Ayuntamiento de Logroño dará a las informaciones facilitadas por los



participantes se ceñirá a la definición de las prescripciones técnicas del procedimiento de contratación que se licite con posterioridad. Por ello, el nivel de confidencialidad declarado por los participantes no podrá ser tal que impida el cumplimiento de dicho cometido, respetándose, no obstante, los aspectos que los participantes consideren confidenciales. En ningún caso será admisible que éstos efectúen una declaración genérica o declaren que todos los documentos o toda la información tiene carácter reservado. Únicamente podrán ser declarados confidenciales aquellos aspectos que contengan secretos técnicos o comerciales u otros aspectos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea para este procedimiento de licitación o para otros.

En la actualidad, se está confeccionando el cronograma de actuaciones, que fijará los plazos en los que se materializará la consulta, de acuerdo con el formato elegido.

Posteriormente, la consulta se convocará por el órgano de contratación y se notificará a los interlocutores elegidos, además de publicarse en el Perfil de Contratante, en el Boletín Oficial de la Rioja, en el Diario La Rioja, diario de mayor difusión en la provincia, y en distintas webs de interés.

Tras el desarrollo de la consulta conforme al formato referido, se elaborará un informe motivado final en el que, como ya hemos adelantado, se dará cuenta detallada de toda la información obtenida con la consulta, así como los estudios realizados, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas.

Dicho informe será publicado en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Logroño alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y en mi opinión, es

precisamente la publicación de las preguntas y respuestas el mayor escollo del procedimiento, puesto que, al hacer público el informe, va a resultar muy complicado salvaguardar las soluciones propuestas por cada participante. Habrá que hilar muy fino para dar información suficiente en las preguntas y respuestas realizadas, y a la vez, garantizar la confidencialidad de aquellas aportaciones que deban ser reservadas por afectar al know how de las empresas. De lo contrario, corremos el riesgo de que un procedimiento tan apasionante como el de las consultas preliminares al mercado, articulado con total transparencia, y que puede conducirnos a la obtención de las mejores soluciones, “pueda quedar como un recurso atípico para cuestiones muy puntuales⁶³”.

Una vez articulado todo el procedimiento de consulta en los términos expuestos, si los resultados de la misma arrojan la existencia de operadores económicos interesados en la prestación del servicio de comedor social, el Ayuntamiento de Logroño licitará el referido contrato por procedimiento abierto, garantizando, de esta forma, que todas las empresas con capacidad para realizar el objeto del contrato demandado por la Administración puedan participar en la licitación. En caso contrario, el resultado negativo de la consulta facultará al Ayuntamiento para utilizar el procedimiento negociado sin concurrencia y adjudicar directamente el contrato a

⁶³ LUCENA VALENCIA, JUAN (2018). “Cuándo realizar las consultas preliminares al Mercado”, Consultado: 21/08/2019.



la entidad Cocina Económica, en tanto se aprueba el ansiado desarrollo reglamentario de la Ley de Servicios Sociales de La Rioja que va a permitir la formalización de un Concierto social para la prestación del referido servicio.

Por tanto, la consulta preliminar resulta, en nuestro caso, una herramienta fundamental que nos va a permitir justificar de forma objetiva la ausencia de concurrencia y la consiguiente adjudicación directa del contrato a la entidad Cocina Económica, si, tras la realización de la misma, resulta que sólo la referida entidad puede satisfacer la necesidad planteada por la Administración.

5. CONCLUSIONES

1 LA INEFICACIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES PARA LA GESTIÓN DE LOS DENOMINADOS "SERVICIOS A LAS PERSONAS"

Tradicionalmente, los poderes adjudicadores, como alternativa a la gestión directa, han venido organizando la prestación de los servicios a las personas a través de fórmulas contractuales, generalmente mediante contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de "concierto" o "concesión". Si bien, la aplicación de los clásicos procedimientos de contratación nunca ha mostrado un encaje perfecto ni con las especiales características de los denominados "servicios a las personas", que requieren una actuación eficaz y eficiente que garantice una adecuada respuesta a las necesidades que precisan las personas en situación de vulnerabilidad, ni mucho menos con los principios que deben presidir la gestión de este tipo de prestaciones, como son la atención personalizada e integral, el arraigo de la persona en el entorno de atención social, la elección de la persona y continuidad en la atención y calidad.

2 LA DISPARIDAD DE FÓRMULAS PARA LA GESTIÓN DE ESTE TIPO DE PRESTACIONES

La aplicación de la normativa de contratación pública no es la única opción que tienen los Estados miembros para la gestión de los llamados “servicios a las personas”, ya que tanto el derecho europeo como el derecho interno reconocen la posibilidad de organizar este tipo de servicios de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos.

Existen, por tanto, distintas fórmulas para la gestión de este tipo de prestaciones, tanto contractuales (con ciertas singularidades) como no contractuales, incluida la adjudicación directa a entidades sin ánimo de lucro amparada por la jurisprudencia del TJUE, si bien, la opción que adopten los Estados miembros debe tener en cuenta las especiales características de estos servicios de indudable trascendencia social, que se rigen principalmente por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

3 LA EXISTENCIA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO COMPLEJO, DISPERSO Y NO UNIFORME

La disparidad de fórmulas de gestión de los servicios sociales y, especialmente, la regulación diferenciada que del concierto social hacen las distintas CCAA con competencia exclusiva para la gestión de estos servicios han dado lugar a la existencia de un régimen jurídico complejo, disperso y no uniforme.

Hubiera sido deseable que, aprovechando la promulgación de la nueva LCSP, se hubiera clarificado el régimen jurídico aplicable a los servicios a las personas, a efectos de dotar de mayor certidumbre y seguridad



jurídica al referido marco legal, posibilitando de esta forma una aplicación más garantista y uniforme de éste. Quizás el futuro desarrollo normativo se preocupe de este tipo de servicios, que son esenciales para la comunidad, e incluya una regulación básica y armónica que minimice las diferencias existentes entre los distintos territorios autonómicos.

4 EL CONCIERTO SOCIAL COMO MODALIDAD NO CONTRACTUAL QUE MEJOR RESPONDE A LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DE ESTE TIPO DE SERVICIOS

La acción concertada, como instrumento no contractual expresamente reconocido en la Disposición Adicional 49ª LCSP, supone una mejora cualitativa en la prestación de estos servicios de interés general por su capacidad para cohonestar sus especiales características con los principios que deben presidir su actuación, asegurando tanto una respuesta eficaz a la satisfacción de necesidades sociales de colectivos desfavorecidos, como la garantía de una atención personalizada e integral, coherente con el arraigo de las personas en su entorno, así como con su participación en la elección de los servicios.

Además, se trata de una figura con innegables virtudes, tanto por la calidad, estabilidad y continuidad que ofrece a los usuarios de los servicios, a los que implica, además, en la toma de decisiones, como por su flexibilidad, eficacia y competitividad, características éstas que la han convertido en el mecanismo idóneo para la prestación de este tipo de servicios.

5 LOS EFECTOS PERVERSOS DERIVADOS DE LA AUSENCIA DE UN MARCO LEGAL EXPRESO

La articulación del concierto social exige previsión legal expresa por parte de aquéllas Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias exclusivas en materia de Servicios Sociales.

Es, precisamente, esa necesaria regulación previa, el principal inconveniente de esta novedosa institución jurídica, ya que requiere tiempo para su implementación, y puede dar lugar a ciertos “efectos perversos” derivados de la ausencia de un marco legal expreso que obligaría a aplicar las reglas generales de la contratación pública, que se han demostrado ineficaces para responder a las peculiaridades que presenta la gestión de los servicios a las personas.

6 LA CONSULTA PRELIMINAR AL MERCADO: UNA HERRAMIENTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOLUCIÓN VIABLE, ALTERNATIVA AL CONCIERTO SOCIAL

Ante la ausencia de la necesaria normativa autonómica que permita la utilización de la figura del concierto social para la adjudicación de este tipo de prestaciones en el Ayuntamiento de Logroño, y después de analizar la viabilidad jurídica de diversos planteamientos, la consulta preliminar al mercado se convierte en la herramienta determinante para la elección de la solución provisional finalmente aplicable a la espera del correspondiente desarrollo autonómico.

BIBLIOGRAFÍA

-CUBA VILA, BELÉN (2016): “Adjudicaciones directas y tercer sector: STJUE de 28 de enero de 2016”, El



Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 12, Ref. 1446/2016 (pág. 1456), Editorial Wolters Kluwer.

-DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA (2019): "Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público", Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2019), Vol. Nº 50.

-GARCÍA MELIÁN, JUAN CARLOS (2019): "Las consultas preliminares de mercado un año después", Gabilex, Vol. Nº extraordinario marzo 2019.

-GARRIDO JUNCAL, ANDREA (2017): "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate". Revista Catalana de Dret Públic, Vol. Nº 55, diciembre 2017 (págs. 84-100).

-GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2016): "Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias", <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relcategoria.121/relmenu.3/chk.c14cc17589109ad49de2f2c7b93b1146> Consultado: 23-04-2019.

-GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2018): "La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales", Revista Aragonesa de Administración Pública, Vol. Nº 52 (págs.12-65).

-GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2019): Capítulo 6.2: "Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de los servicios locales" del Vol. Col. *La*

gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, LRJSP y la LRSAL-VV.AA., Editorial Wolters Kluwer, abril 2019 (págs. 689 a 710), Madrid.

-“GUÍA DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL”, VV.AA. (2019), editada por la Federación Española de Municipios y Provincias en marzo de 2019 (págs. 135-141).

-“GUÍA PARA LAS AUTORIDADES PÚBLICAS SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE INNOVACIÓN” (2015) editado por la Comisión Europea <http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/16.%20New%20LCSP/PPI-Platform-Guide-ES-Compra%20p%C3%BAblica%20innovadora.pdf>
Consultado: 05/08/2019.

-LAZO VITORIA, XIMENA (2016): “La figura del concierto social tras las Directivas Europeas de contratación pública”, <http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/chk.6baca120e1f947b8ac20c7e9c81ce49d>
Consultado: 03/06/2019

-LÓPEZ DONAIRE BELÉN (2017): “Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas Directivas”. *Contratación Administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Vol. Nº 147, (págs. 70-78).

-LUCENA VALENCIA, JUAN (2018). “Cuándo realizar las consultas preliminares al Mercado”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.det>



alle/id.431/recategoria.208/reلمenu.3/chk.ef3bf2bb1960c4155ea8ce2bf27a84b1Consultado: 21/08/2019.

-MENDOZA JIMÉNEZ JAVIER (2019): "Los contratos reservados, política social a coste cero", <https://www.jaimepintos.com/los-contratos-reservados-politica-social-a-coste-cero/> Consultado: 12/06/2019.

-MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2017): "Novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", VIII Seminario de Contratación Pública en Formigal (Huesca), 20 a 22 de septiembre de 2017.

-ORQUÍN SERRANO, JUAN JOSÉ (2018): "Cuestiones a tener en cuenta ante la nulidad de los contratos administrativos", El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 9/2018, septiembre. Ed. Wolters Kluwer.

-PALACÍN SÁENZ, BERNABÉ (2017): "Novedades en los contratos de obras, servicios y suministros. Los contratos de servicios a las personas". El Consultor de los Ayuntamientos, Vol. Nº 23/2017, de 15 de diciembre.

-VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las compras públicas inteligentes". Revista española de Derecho Administrativo Vol. Nº 191, abril-junio de 2018.

-VÁZQUEZ MATILLA, JAVIER (2018): "La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública", Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Vol. Nº 158.

-VÁZQUEZ MATILLA FRANCISCO JAVIER (2019): "Las consultas preliminares al mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública"
<http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/08DocumentosdeTrabajo/Otros/consultas%20preliminares%20csp%20vdf.pdf> Consultado: 05/08/2019.



LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN

D. María Maldonado Araque

Letrada del Servicio Andaluz. Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

Resumen: A raíz de las reformas efectuadas por las dos leyes de protección del menor, la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de 28 de julio de Protección a la infancia y a la Adolescencia, el interés del menor se configura como un principio rector del sistema de protección a la infancia, un derecho sustantivo y una norma de procedimiento.

Si bien jurisprudencialmente podemos observar un cambio en las sentencias que pasan a considerar que es necesario oír a los menores, no hemos encontrado, en el ámbito de la mediación en España, protocolos que garanticen la inclusión del menor en la misma, suponemos que debido a las dificultades que plantea la propia idiosincrasia del proceso de mediación.

Entendemos que, para cumplir con el espíritu de la reforma, inspirada en los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, se debe articular un programa que permita determinar el procedimiento de mediación inclusivo y las formas en que los menores pueden participar en el mismo atendiendo a la capacidad de expresar sus necesidades e intereses.

Abstract: As a result of the two recent child protection laws' reforms - Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de 28 de julio de Protección a la infancia y a la Adolescencia - the interest of the child is configured as a guiding principle of the child protection system, a substantive right and a rule of procedure.

Although we can observe a change in the judgements that now happen to consider necessary to hear the minors, we have not found, in the field of mediation in Spain, protocols that make certain the inclusion of the child in it, probably due to the difficulties raised by the idiosyncrasy of the mediation process.

We consider that, in order to comply with the spirit of the reform, inspired by the principles of the Convention on the Rights of the Child, is basic to articulate a child inclusive mediation procedure and the ways in which minors can participate in it, attending to their the capacity of expressing their needs and interests.

SUMARIO:1. Introducción. 2.Objetivos y metodología. 3.El interés superior del menor: marco normativo.3.1 Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño Normativa. 3.2 Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor 4. Análisis jurisprudencial. 5 La protección del interés superior del menor en los procesos de mediación. 6 La protección del interés superior del menor en los conflictos de intereses que puedan surgir en procesos de mediación. 7.Conclusiones 8. Referencias bibliográficas. 9. Anexo I: HELLO, I'M A VOICE, LET ME TALK. CHILD-INCLUSIVE MEDIATION IN FAMILY SEPARATION



Listado de abreviaturas

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

Art: Artículo

1. Introducción

La mediación es un proceso en el que se ven involucrados menores de edad, ya como “beneficiarios” de la misma o como sujetos que intervienen directamente en ella.

En dichas mediaciones se ha de velar, en todo momento, por la protección del interés superior del menor, pero ¿qué entendemos por interés superior del menor?

La reciente reforma operada sobre la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario.

Mediante dicha reforma, se ha incorporado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años sobre la materia, como los criterios de la Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de modo que el interés superior del menor, antes concepto jurídico indeterminado, pasa a definirse desde un contenido triple, tal y como indica la exposición de motivos de la Ley 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia:

“Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una

disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento”

Esta mayor concreción del concepto, así como el hecho de que se trate de un derecho invocable ante los tribunales, ha de tener su reflejo en todos los procedimientos en los que los menores se vean involucrados, y, por ende, en los procesos de mediación.

2. Objetivos

Pretendemos analizar el modo en que esta reforma influye sobre la protección del interés superior del menor en aquellos procesos de mediación donde el mismo pueda estar involucrado.

En primer lugar, estableceremos el marco normativo de referencia y compararemos la anterior regulación del mismo con la posterior a la reforma efectuada.

Estudiaremos cómo se pueden mantener los principios que han de regir la mediación y, a la vez, proteger el interés del menor en su regulación actual y los conflictos de intereses que esto puede plantear.

En especial queremos poner el acento sobre los conflictos de intereses que se pueden dar, cómo se han venido resolviendo y cómo se habrían de solucionar a la luz del párrafo segundo, apartado 4, artículo 2 de la Ley 8/2015 de 22 de julio que reza así:

“4. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el



interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”

En cuanto a la metodología, el primer paso será realizar una revisión bibliográfica y jurisprudencial para definir el interés superior del menor.

Analizaremos los principios de la mediación y cómo estos pueden entrar en conflicto con los intereses del menor, así como los conflictos de intereses que pudieran darse entre los intereses del menor y resto de personas involucradas en la mediación.

Con los datos que arroje este estudio, a modo de conclusión realizaremos una comparativa que nos permita encontrar, si los hubiera, los cambios de parámetro que se han realizado en los procesos de mediación a raíz de estas reformas.

En caso de no haberlos, intentaremos determinar las medidas, que, a nuestro juicio, se deberían implantar.

3. El interés superior del menor: marco normativo

3.1. Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Normativa.

La atención a los niños y la protección a la infancia es un fenómeno relativamente reciente si consideramos que no es hasta el S.XVIII y a través de las obras de Rousseau, así como de los poemas que Blake dedica a los niños trabajadores, cuando se empieza a tomar conciencia de este periodo y de la necesidad de protección de los menores.

En el S.XIX, y como reacción a la explotación infantil que caracteriza a la revolución industrial se empieza a poner el acento sobre la infancia maltratada que tan bien reflejan las obras de Dickens, pero es en el S.XX *El siglo de los niños* según la obra de la escritora Ellen Key, cuando se produce su revalorización social y jurídica. La primera declaración de los derechos de los niños de Naciones Unidas se realizó el 26 de diciembre de 1924 en la ciudad de Ginebra.

En 1948 se promulga la Declaración Universal de los Derechos Humanos, texto que se consideraba suficiente para garantizar los derechos de los niños, en tanto personas.

En 1959, Naciones Unidas aprobó una Declaración de los Derechos del Niño que incluía 10 principios. Pero no era suficiente para proteger los derechos de la infancia porque, legalmente, esta Declaración no tenía carácter obligatorio. Por eso en 1978, el Gobierno de Polonia presentó a las Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del Niño.

Tras 10 años se logró aprobar el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la ratificasen.

La Convención sobre los Derechos del Niño se convirtió en ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, entre ellos España. Hoy, la Convención ya ha sido aceptada por todos los países del mundo excepto Estados Unidos.



Por tanto, no es un texto declarativo de principios sino directamente vinculante una vez ratificado por los Estados que los suscriben.

También es importante su contenido pues, si bien los trabajos iniciales de redacción de la misma, se centraron en la protección de los factores de supervivencia, también se incluyen derechos de carácter activo que permiten la participación de los niños en sus propias vidas poniendo el énfasis en derechos civiles y políticos de los niños.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN, adapta los derechos humanos a las necesidades de los niños como titulares de los mismos pero, a la vez, declara las obligaciones de los Estados, agentes sociales, profesores, profesionales de la sanidad y padres de garantizar la efectividad de los mismos.

Los Estados firmantes habrán de rendir cuentas del cumplimiento y de la aplicación de la CDN ante un comité de 18 expertos de diversas procedencias: el *Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas*.

Fruto del trabajo de este *Comité* es la Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Dispone el Artículo 3.1:

“ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

Como aclara la Observación general nº14 en su introducción:

1.“El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se

considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

2.El “interés superior del niño” no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, (párr. 1 d), así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales.

3.La CDN también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo



2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3).

4. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado 3 que "lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013 1. Observación General Nº 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; y Observación General Nº 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, párr. 2. 2. El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" como "concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño" (Observación General Nº 5, párr. 12). 3. Observación General Nº 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 61. 260 261 Observación General No. 14 superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

4. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de

garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana.

5.El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a.Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b.Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c.Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán



explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. 7. En la presente Observación General, la expresión "el interés superior del niño" abarca las tres dimensiones arriba expuestas."

3.2. Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Tras la ratificación en España de la CDN el 30 de noviembre de 1990 se dictan una serie de leyes que pretenden dar mayor protagonismo y participación a los niños siendo la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LOPJM, la que pretendía una reforma profunda de las instituciones de protección del menor.

Partía dicha ley de la consideración de los menores de edad "como sujetos activos, participativos, creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás"

La LOPJM es un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado pero, transcurridos casi veinte años desde su aprobación, los importantes cambios sociales motivaron su reciente reforma.

Dos han sido las normas que han modificado la protección de menores: la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia y la Ley 26/2015 de

modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

En lo que a interés del menor respecta, ha sido la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia la que ha propuesto desarrollar y reforzar el derecho del mismo a que su interés superior sea prioritario.

Para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 de la LOPJM de modo que se incorpora la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, así como los criterios mencionados supra y recogidos en la Observación General nº14, de 29 de mayo de 2013 del Comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño.

Dispone el actual artículo 2 que:

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.”



Por tanto, el interés del menor se define desde un contenido triple: como derecho sustantivo y subjetivo del menor, directamente invocable antes los Tribunales, como principio general interpretativo e informador que obliga a que, ante varias posibles interpretaciones se elija siempre la que corresponda al interés superior del menor y como norma de procedimiento con todas las garantías, puesto que, si no se sigue el procedimiento, el derecho es vulnerado y se puede acudir a los tribunales.

A continuación, recoge dicho artículo 2 una serie de criterios de aplicación e interpretación, elementos de ponderación y garantías del proceso:

“ Art 2.2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno,

teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. 3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte



en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. 4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados. 5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha

decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”

Por tanto, para determinar cuál sea el interés superior tendremos que atender a los siguientes criterios de aplicación e interpretación:

1. Derecho a la vida, necesidades básicas, tanto materiales como físicas, educativas, emocionales y afectivas.
2. Deseos, sentimientos y opiniones.
3. Derecho a su familia de origen.
4. Identidad, cultura, religión y atención a la discapacidad.

Elementos de ponderación:

1. Edad y madurez del menor.
2. Igualdad y no discriminación.
3. Efecto del transcurso del tiempo.
4. Estabilidad de las soluciones
5. Tránsito a la edad adulta.

Garantías del proceso:

1. Derecho del menor a ser informado, oído, y a participar.
2. Intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos



3. Participación de progenitores, tutores o representantes, defensor judicial, Ministerio Fiscal.
4. Que la decisión incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros y las garantías procesales respetadas.
5. Recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor.

El artículo 2 de la LOPJM asume, para determinar los criterios de aplicación e interpretación, los recogidos en la Observación general nº14, esto es:

- a) La opinión del niño
- b) La identidad del niño.
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño.
- e) Situación de vulnerabilidad
- f) El derecho del niño a la salud.
- g) El derecho del niño a la educación.

4. Análisis jurisprudencial.

Con anterioridad a la reforma de la LOPJM vemos que el criterio de los tribunales es variable.

Hay sentencias que no sólo han concretado el concepto de interés superior del menor, sino que, además, lo han hecho prevalecer sobre otros intereses en pugna en el proceso.

Así la Sentencia 565/2009 de 31 de julio de 2009 de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo entiende que el juez debe tomar en consideración si han cambiado las circunstancias con posterioridad al momento en que se dictó la sentencia recurrida de la que esta trae causa, de

manera que pueda determinarse si los padres pueden o no asumir de nuevo la patria potestad, pero también el interés del menor en relación con este posible cambio de circunstancias.

“En el segundo punto, es decir, cómo debe ponderarse el interés del menor en estos casos, la citada sentencia sentó la siguiente doctrina: “[...] para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”. La recurrente olvida la doctrina de esta sentencia y pide que se unifique la de las Audiencias Provinciales, que cita, por lo que no concurre el interés casacional que alega. La doctrina reproducida debe aplicarse al presente recurso de casación, ya que, 1º A pesar de lo afirmado en el recurso, ha quedado probado que la administración



tutelar ha tomado las medidas correspondientes para procurar la integración de la madre recurrente y que ésta ha rechazado cualquier tipo de plan que se ha puesto a su disposición. 2º Tal como se afirma en la doctrina sentada en la sentencia 565/2009 (RJ 2009, 4581), seguida por las SSTs 397/2011, de 13 junio (RJ 2011, 4526) y 84/2011, de 21 febrero (RJ 2011, 2362) , el interés del menor es preferente en estos casos. 3º No puede considerarse que la administración tutelar haya actuado de una forma extralimitada, ya que ha puesto todos los medios al alcance de la recurrente para procurar la reunificación de la familia, tal como aparece en la abundante prueba practicada. Los medios aplicados no han dado el resultado apetecido, por lo que la protección de la menor requiere que se mantenga la medida acordada”

De nuevo el Tribunal Supremo, en sentencia 413/2014 de 20 de octubre de 2014, declara, de oficio, una nulidad de actuaciones, al no haberse oído al menor, en el procedimiento en que se decidía su guarda y custodia.

Sin embargo, la indeterminación del concepto de interés del menor previo a la reforma permite que se dicten sentencias como la 184/2015 de 24 de febrero de la Audiencia Provincial de Madrid que deniega al actor la guarda y custodia compartida de su hijo menor sin tomar en consideración el interés de este:

“Se refiere que el menor ya ha cumplido años desde que se dictó la anterior sentencia, existiendo acuerdos de los progenitores sobre los distintos aspectos de la vida y el desarrollo integral del menor, habiendo cambiado las circunstancias laborales de la madre, quien no puede hacerse cargo del menor por las tardes, lo que ha motivado la ampliación del horario escolar del menor, hasta las 18,15 horas, acudiendo familiares de la misma para recoger a dicho menor, se hace mención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se reitera la

conveniencia de acordar la guarda y custodia compartida.

La parte apelada, por vía de impugnación, ha solicitado la revocación de la sentencia suplicando que se mantenga íntegramente el régimen de visitas fijado en su momento en la sentencia de divorcio de fecha 2 de marzo de 2010 , advirtiendo que nada ha cambiado desde entonces, y señalándose que actualmente ya no se mantiene el horario ampliado, escolar, del menor, desde enero del 2014 y advierte que no son buenas las relaciones entre los progenitores, señalando que no existe motivo alguno para ampliar el régimen de visitas.

La parte apelante ha planteado oposición a la impugnación formulada de contrario.

SEGUNDO: La naturaleza y el objeto del procedimiento de modificación de efectos exige delimitar las pretensiones que puede ser traídas a esta clase de procedimientos y que deben de estar basadas en circunstancias que aconsejen la modificación pretendida, pues si se pretende la alteración de aquellas referidas a los aspectos personales, sobre guarda y custodia, régimen de visitas, es necesario acreditar que la propuesta que ahora se formula en este cauce procesal es beneficiosa para los hijos menores, siendo de tener en consideración lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y los artículos 1 y 2 y 11,2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor , de fecha 15 de enero de 1996, y la Normativa Internacional, Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, pues en todos los casos en los procedimientos judiciales, o administrativos, que versen



sobre los menores se deberá tener en consideración cordialmente el interés de los mismos.

En este sentido, no es posible atender a rigorismos formales en orden a impedir la modificación de dichas medidas personales y por ende, posibilitar, en un futuro proceso de modificación de efectos, la relación entre el progenitor no custodio, hasta este momento, y los hijos menores, una vez que se acredita al día de hoy que la situación personal, laboral y material del progenitor que reclama la alteración de la medida personal en cuestión es acorde con las obligaciones que se pretenden asumir actualmente con el menor, por lo que conlleva la ampliación de las visitas de un modo notable, en favor de uno de los progenitores, y por cuanto que en los términos que la sentencia ha definido las comunicaciones y relaciones personales y directas entre ambos progenitores suponen una convivencia alterna de aquellos con el menor.

TERCERO: Ciertamente es que en su momento se dictó sentencia de divorcio de fecha 2 de marzo de 2010, de mutuo acuerdo, estableciéndose la guarda y custodia en favor de la madre, un régimen de visitas en favor del padre, de viernes a lunes en fines de semana, más los periodos escolares, así como puentes y festivos, cumpleaños, tarde del miércoles.

También es cierto que en aquella época el padre residía con sus padres, después se trasladó a una vivienda en régimen de alquiler, en la zona de Carabanchel, en Madrid, y actualmente reside en régimen de alquiler en una vivienda, en Madrid, que cuenta con espacios suficientes para alojar al menor con plena comodidad y de acuerdo con las necesidades del mismo.

Consta acreditado que el recurrente, en razón de su profesión, guardia civil, tiene horario solamente de mañana, hasta las 15 horas, y en estas circunstancias la sentencia se ha hecho eco de la actual situación para

propiciar la convivencia del padre con el menor desde el jueves hasta el lunes, en semanas alternas, así como dos tardes entre semana, en aquella semana que aquél no tenga atribuido el periodo antes indicado, de jueves a lunes, y, además, se establece también, además de la tarde del miércoles, la tarde del jueves.

En estas circunstancias, carece de fundamento la formal pretensión relativa a la guarda y custodia compartida que plantea el padre, y, por ende, no hay motivos para denegar ahora a aquel este sistema de convivencia ahora fijado en la sentencia apelada, y por cuanto que se ha acreditado que las concretas circunstancias laborales y materiales que concurren en el recurrente permiten afrontar las obligaciones que se derivan de dicha convivencia de aquel con el menor, todo lo cual determina la desestimación del recurso y de la impugnación.

Por lo demás, no existe razón formal ni procesal alguna que determine la inconcreta pretensión planteada en el escrito de interposición del recurso, referida a la anulación de la sentencia, a menos que deba entenderse que lo que se ha pretendido es que se deje sin efecto el fallo de la misma, a fin de acordar las pretensiones formuladas en el escrito de interposición del recurso”

Esta sentencia fue posteriormente casada y anulada por sentencia 194/2016 de 29 de marzo del Tribunal Supremo, en los siguientes términos:

“La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de



una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Pero más allá de este desconocimiento de la jurisprudencia y de un escaso o nulo esfuerzo en incardinar los hechos que se ofrecen por ambas partes en alguno de los criterios reiteradamente expuestos por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, se conoce perfectamente el razonamiento que lo niega y que es, en definitiva, lo que justifica el interés casacional del recurso de casación, que también se formula, por oponerse a la jurisprudencia de esta Sala. [...]. La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el art. 92 CC en tanto en cuando de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan”

Con anterioridad a la reforma de 2015, la indeterminación del concepto del interés superior de menor daba lugar, asimismo, a que, una misma situación propiciara sentencias en las que al interés del menor se le da una interpretación completamente opuesta en las distintas instancias.

Así, la Sentencia 206/2010 de 20 de abril de 2011 del Juzgado de Primaria Instancia nº5 de Ciudad Real afirma que:

“La relación paterno filial ha de mantenerse, fundamentalmente, por el superior interés de las menores, al margen de que el padre biológico entienda que tiene derecho a ello. La medida tan gravosa que se adoptó por la Delegación de Bienestar Social, si bien estuvo justificada en el momento de los hechos, debió tener un marcado carácter temporal, sin que en todo

este tiempo se haya acreditado la realización de alguna actuación administrativa tendente a reanudar las visitas”

Por el contrario, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, al revisar el asunto en sentencia de 27 de julio entiende que no han de reanudarse las visitas de las que se había privado al progenitor:

“Pues bien, esta Sala va a analizar el invocado error valorativo en cuanto al acierto o no de la exclusión del régimen de visitas acudiendo a los des expresados parámetros fijados por las Audiencias, esto es, tanto a la situación que presentaba en el instante en que se acordó la resolución administrativa de la que dimana la demanda y el recurso como a la existente en el momento actual y en el que se dicta la resolución impugnada.

En lo que concierne a la primera, basta con tener en cuenta que, tanto la sentencia impugnada, que la califica de justificada, como las manifestaciones de las menores (f.11 del tomo II de las actuaciones) avalaban la decisión adoptada, máxime cuando no obedecía a unos motivos artificiosos e infundados sino que se encontraba amparada en una conducta inadecuada del padre que no sólo había proferido unas expresiones soeces y vejatorias faltándoles al respeto sino que de modo continuado y no aislado propiciaba conflictos en las comunicaciones, sin que ante la suspensión acordada ofreciese su colaboración y ayuda al órgano administrativo pese a que así se le interesó para tratar de solucionar la situación generada y reanudar las visitas. En definitiva, si nos situamos en ese momento temporal, la decisión no solo era razonada sino ajustada y justificada, atendiendo al interés de las menores,



siendo responsable único de su prolongación el padre que no ofreció la cooperación necesaria para superarla”

Con posterioridad a la reforma, podemos observar que el concepto de “interés superior del menor” se vuelve más concreto y uniforme, así como comprobamos que ya se alude a la triple naturaleza del mismo, esto es, como derecho sustantivo y subjetivo del menor, directamente invocable antes los Tribunales, como principio general interpretativo e informador que obliga a que, ante varias posibles interpretaciones se elija siempre la que corresponda al interés superior del menor y como norma de procedimiento con todas las garantías.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real en su sentencia 250/2015 de 18 de noviembre se refiere ya a este derecho sustantivo del menor:

“SEGUNDO. - No por obvio podemos dejar de mencionar que en toda medida que se adopte en relación a un menor, el bienestar del mismo deberá ser la consideración primordial del Juez o Tribunal. Así lo resuelve tanto nuestra normativa interna como la internacional suscrita por España. Artículo 92 del Código Civil, Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de Enero de 1996 (modificada por la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio) y la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación". El artículo 2 de la citada Ley de Protección Jurídica del

Menor en su reciente redacción por Ley orgánica 8/2015 señala al respecto: "Artículo 2 Interés superior del menor 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Por tanto, nos encontramos en una materia en la que es criterio primordial el del "favor filii" y que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo, sino en el futuro, decidiendo sobre la custodia. El interés del menor (dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Junio y 17 de Octubre de 2013) es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.

TERCERO. - Tal apelación al bienestar del menor sería suficiente para desestimar la demanda principal, por cuanto es criterio que no guía al recurso de apelación a la hora de articular los motivos de impugnación. Interés del menor que, a la vista de lo actuado, se satisface de



forma adecuada manteniendo la custodia del mismo en el padre.

(i) Así lo entendieron los litigantes al momento del divorcio, conviniendo de mutuo acuerdo que la misma debía residenciarse en el padre pese a que el menor contaba con poco más de dos años de edad, lo que ya era significativo, y que ha generado una estrecha relación del menor con la figura paterna

(ii) Porque la propia actora ha reconocido durante el acto del juicio que el menor se encuentra debidamente atendido por su padre, encontrándose debidamente escolarizado (f 151).

(iii) Que aun cuando el padre se encontraba en situación de prisión, el menor no ha perdido el contacto con el mismo mediante visitas físicas y llamadas telefónicas. No consta acreditado que tal situación repercuta de forma negativa en el menor. El padre salió de prisión en agosto de 2015, debiendo actualizarse el debate a tal situación. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 2015 "el interés del menor se halla protegido en el momento en que se comprueba que el padre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia".

(iv) Que, durante tal período, la madre (por razones que a esta Sala no corresponde valorar) no ha aprovechado para fomentar, incrementar o aumentar la relación con su hijo, limitándose al cumplimiento exacto de un régimen de visitas normalizado (fines de semana alternos), lo que no deja traslucir sino cierto desapego entre madre e hijo.

(v) Que el propio menor, pese a que su opinión pueda no ser determinante, ha manifestado su deseo de continuar viviendo con su padre dada la especial relación que ambos mantienen, calificando la mantenida con su madre como "regular". La opinión de los menores cobra

cada vez más importancia tanto en nuestro derecho interno como en los instrumentos internacionales suscritos de forma tal que se incorpora como "derecho a ser oído y escuchado" en las decisiones que le afecten, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de su edad. En este sentido el modificado artículo 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor (en redacción dada por Ley Orgánica 8/2015) se señala que "El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento". Igualmente en el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, se establece como



uno de los "derechos procesales del niño" el de "ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos" (artículo 3)

No se trata de primar al padre por el hecho de que sea el que ha tenido al menor en su compañía en los últimos dos años y se encuentre adaptado al entorno, sino que el menor se desenvuelva en un ambiente lo más adecuado posible a su edad y a sus necesidades afectivas, educacionales y sociales. La guarda y custodia al padre se percibe cómo la más segura y estable para el menor. Se trata, es necesario consignarlo, de un supuesto excepcional y que no puede suponer un aval a la conducta del padre -condenado por violencia de género- que no es, desde luego, ejemplo de comportamiento, no obstante lo cual se otorga la guarda y custodia con el solo pensamiento del bienestar del menor. Al fin, recuérdese que estamos en sede de modificación de medidas y no en el escenario de constitución de guarda y custodia, con lo que ello supone de valoración de cambio sustancial de circunstancias y un posible anormal funcionamiento de la guarda y custodia otorgada en su día al padre que, en el presente caso, no se ha producido.

CUARTO.- El interés supremo del menor, como faro y destino de esta resolución, conduce a la Sala a realizar un pronunciamiento que no realiza la Sentencia de instancia ni es objeto de apelación, cual es la necesaria fijación de alimentos a favor del menor y con cargo a la madre (progenitora no custodia), vulnerándose vulnera lo dispuesto en los artículo 39 de la Constitución Española y el artículo 39.3 CC y en los artículos 93y 142 del Código Civil , ya que los progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Junio de 2015)”

Las sentencias posteriores a la reforma vienen a recoger los criterios del artículo 2 LOPJM, dotando, como hemos

dicho, de mayor concreción y uniformidad al concepto de interés del menor. Por todas citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo 172/2016, de 17 de marzo, en la que se estima el recurso de casación contra la sentencia de 27 de enero de 2015, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga:

“El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas, como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”; “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara””.

5. La protección del interés superior del menor en los procesos de mediación

Para entender el concepto de interés superior del menor, es necesario primero analizar cuál es su naturaleza jurídica. Es, en primer lugar, un estándar jurídico, pero un estándar muy relativo puesto que varía con el transcurso del tiempo y con las propias circunstancias del sujeto.



Se trata también de un concepto jurídico indeterminado puesto que constituye una realidad que, a priori, no podemos precisar pero que se determinará al trasladarse a una situación concreta. El hecho de configurarlo así plantea una destacada ventaja, la posibilidad de acomodarlo a cada caso concreto puesto que lo más beneficioso para un menor no ha de serlo para otro, sin embargo, la indeterminación del principio tenía una serie de inconvenientes, como la discrecionalidad que esto otorgaba a los jueces con el riesgo que esto conlleva de arbitrariedad (como ya hemos podido observar en la jurisprudencia analizada en el apartado anterior)

Con anterioridad a la reforma de 2015, este traslado se llevaba a cabo a través de juicios de valor o reglas de experiencia, pero, con posterioridad a la reforma, el traslado se realizará a través de las normas contenidas en el artículo 2 de la LOPJM, con lo que se pretende evitar la arbitrariedad.

A pesar de lo dicho, los criterios que menciona el artículo 2 LOPJM son muy generales por lo que dudamos si resultarán suficientes.

El interés del menor es también un criterio hermenéutico como criterio de solución de conflictos de intereses en juego, ordenando la ley su prevalencia frente a otros intereses en juego.

Por último, es un principio general del derecho y así lo considera la Constitución Española en su artículo 39 que menciona la protección integral de los hijos menores de edad y de la infancia como uno de los principios rectores de la acción de los poderes públicos.

Cillero (citado en Calleja, 2014) sostiene que el interés superior del niño es "la pena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos: interés y derechos, en este caso, se identifican" (p.36)

Rivero (*ibidem*) entiende que este interés consistiría en “salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad”. (p.36)

Tras la reforma operada y, como ya hemos indicado supra, el interés del menor está conformado por un triple contenido. Como derecho sustantivo, como principio general informador e interpretativo y como norma de procedimiento.

El cambio de perspectiva operado supone, según el artículo 9.1 que “El menor tiene el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”

Así lo señala la CDN en su artículo 12:

“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”

La Observación general 12 dictada por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU el 1 de julio de 2007 aclara que, además de ser uno de los cuatro principios



fundamentales, cuando el artículo dice “en condiciones de formarse un juicio propio” no implica una limitación porque no se puede partir de la premisa de que el niño es incapaz.

El Comité marca las pautas para la interpretación de dicho artículo:

-Para que pueda expresar su opinión libremente, los responsables de escucharla deben informar al niño de las opciones, decisiones y consecuencias y sobre las condiciones en que se le va a pedir que se exprese.

-No hay límite de edad. Incluso se deben respetar las formas no verbales de comunicación.

-El entorno ha de ser adecuado.

-El niño tiene derecho a no ejercer su derecho.

-Se recomienda que, siempre que sea posible, el niño sea escuchado directamente en todo procedimiento y si ha de hacerlo mediante representante, que éste sea consciente de que los intereses que representa son exclusivamente los del niño y no los de otras personas parte en el asunto, como podrían ser los progenitores o determinadas instituciones.

-Se debe informar al niño del resultado del proceso, la razón de este resultado y cómo se tuvieron en consideración sus opiniones a la hora de alcanzar este resultado.

La Observación general nº12 menciona expresamente que el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte “puede abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje” y en cuanto al divorcio y la separación indica:

“Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño”

Alarcón (2015) en esta misma línea, entiende que “los niños, por muy pequeños que sean en cuanto a su edad, siempre tienen percepción concreta de lo que sucede a su alrededor y son capaces de manifestar de múltiples formas sus necesidades” (p.37)

La LOPJM, en su artículo 9.1 recoge también el derecho a ser escuchado del menor: “El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social”

Expuesto lo anterior, parece claro que el menor es un sujeto de derechos y que debe participar en la mediación como tal, no sólo como objeto de protección, pero ¿cómo se armoniza esto con las especiales características del proceso de mediación?

El mediador ha de vigilar que los acuerdos que adopten las partes respeten las normas y podrá ayudar a la elaboración de un plan de parentalidad que prevea el mejor sistema según la edad de los hijos.



Por sus propias características, la mediación permite la mejor protección del interés del menor y así lo considera la jurisprudencia.

En sentencia 726/2011 de 14 de diciembre de 2011, la Audiencia Provincial de Barcelona afirma:

“TERCERO. – La decisión de estimar el recurso y establecer el ejercicio conjunto de la custodia implica la necesidad de que las responsabilidades sean distribuidas entre los progenitores. En este aspecto la organización de los espacios de convivencia del menor, el seguimiento de su proceso escolar y de las necesidades médico-sanitarias, deben ser consensuadas por el padre y la madre del menor, que también deben acordar el resto de los capítulos que engloba la prestación alimenticia. El tribunal no puede contemplar todas las circunstancias que concurren en la actualidad (ni prever las que de forma cambiante se han de producir en el futuro) y, sin embargo, ha quedado acreditado que los litigantes tienen capacidad suficiente para establecer la comunicación adecuada entre ellos en beneficio del hijo menor, porque lo han demostrado en épocas anteriores. Es cierto que las tensiones derivadas del presente litigio han deteriorado el sistema de comunicación que, basado en el respeto y la colaboración, estuvo presente en los primeros años de la separación de los litigantes, por lo que se ha de requerir a ambos progenitores para que se sometan a un proceso de mediación con el objeto de que el ejercicio de las responsabilidades parentales responda a las necesidades actuales del hijo, máxime cuando el mismo presenta problemática conductual en la relación con la madre y en el desenvolvimiento escolar, y se hace necesario que los dos progenitores obren de consuno tras recibir la orientación y las pautas educativas de los especialistas en educación infantil.”

Sin embargo, esas mismas características plantean una serie de dificultades.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece como principio de esta, en su artículo 6, la voluntariedad.

En cuanto al mediador y según los artículos 8 y 13, este no tiene el poder ni la responsabilidad de tomar decisiones. Así, dispone el artículo 8 que "Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13". Y a su vez el artículo 13 precisa que "1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. 2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley."

Por tanto ¿es obligación del mediador oír al hijo? Curi y Gianella (2003) afirman:

Si consideramos que la participación en la mediación es de carácter voluntario y que las decisiones que ponen fin a la contienda son tomadas directamente por las partes, en nuestro caso los padres, no vemos que pueda disponerse *a priori* la obligatoriedad para estos y en todos los casos, de escuchar a los chicos en la mediación (p.25)

Felibert (2016) comparte que:

No existe (y no podría existir) obligación alguna para el mediador de escuchar a los niños en el proceso que dirige; es, sin lugar a dudas, una pauta ética ineludible que aquel traiga a la mesa de mediación la consideración



de sus intereses; puede resultar incluso necesario dar por concluida su tarea en caso de no poder hacerlo (p.2)

Sin embargo, estas limitaciones están dando lugar al surgimiento de una nueva figura, el coordinador de parentalidad, que vendría a solucionar el problema de la voluntariedad de la intervención de mediación puesto que en la coordinación de parentalidad el grado de voluntariedad no es absoluto, ya que la falta de colaboración sí puede tener trascendencia en la decisión judicial y el no acudir a esta intervención, cuando sea ordenada por el propio juez podría incluso constituir delito de desobediencia.

No solo puede ser impuesto por resolución judicial, sino que también puede ser pactado en convenio regulador.

A pesar de esto, entendemos que la figura de la coordinación de parentalidad no sustituye ni ocupa en ámbito de la mediación y que, dentro del ámbito de la mediación, es posible atender al interés superior del menor de un modo real.

En primer lugar, porque el menor puede ser traído a la mediación por los propios padres.

Puesto que los padres sí pueden tomar decisiones que afecten a los hijos, ¿han de escucharlos en la mediación?

Si la Observación general nº12 menciona expresamente que el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte "puede abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje" y en cuanto al divorcio y la separación indica "Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación.

Y la LOPJM en su artículo 9.1 que “El menor tiene el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social” y teniendo en cuenta que el artículo 2 LOPJM, para los supuestos de conflicto de intereses dispone que “en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” parece claro que el derecho del menor a ser oído (en las formas a las que luego nos referiremos) debe primar sobre el resto de intereses en conflicto, a pesar del criterio expresado por Curi, Gianella y Filibert.

Couso (2006) afirma que:

La adopción de una medida que afecta al niño, tras haberse considerado debidamente su opinión, es en un sentido sustancial una decisión distinta, de mucha mayor calidad, que la “misma” decisión adoptada sin tomar en cuenta esa opinión. Dicho en forma negativa, una decisión sobre un asunto relevante en la vida de un niño, que se adopte sin permitir la participación del niño en la producción de la decisión, implica un acto de extrema violencia: la violenta experiencia de que su vida se decida por personas que lo conocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa. Esa dramática diferencia de “calidad” en la decisión (aun si resulta ser la misma), dada por el respeto o no de la dignidad y autonomía del niño,



justifica los mayores esfuerzos que en cierto sentido implica para la política de la justicia de familia contar con el tiempo y las capacidades profesionales necesarios para dar efectiva participación al niño en la construcción del caso y la toma de decisiones.

[...] Un primer estándar impuesto por este principio a las decisiones de los tribunales de familia que afecten a un niño es de derecho sustantivo. "Tomar debidamente en cuenta" la opinión del niño impone, en mi opinión, conferir un "especial peso" a esa opinión y a las preferencias expresadas por él, en su caso.

No debe entenderse esto en el sentido de que el tribunal debe necesariamente resolver el asunto de la forma como el niño quiere, pero sí en el sentido de que a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida por él. Así, si en un determinado caso resulta que "antes" de considerar la opinión del niño no hay una alternativa claramente preferible a las otras (en su interés superior) entonces, después de escuchar su opinión, la alternativa que el niño prefiere adquiere un "especial peso" que termina por inclinar la balanza, definitivamente, en favor de esa preferencia. "(p.154,155)

Para que el niño pueda participar en la construcción del caso entiende Couso (2006) como imprescindible:

Que el niño tenga la posibilidad efectiva de participar [...] desde sus inicios hasta la sentencia. Como ya se dijo, el derecho del niño a opinar y a participar de ese modo en la decisión de "todos los asuntos que afectan al niño" no se puede reducir a que se le consulte su opinión una o dos veces en el proceso sobre cuál de dos opciones

cerradas prefiere. Pues en tal caso el niño no ha podido participar en el conjunto de decisiones que hicieron de esas dos alternativas las únicas opciones posibles” (p.156)

Critica Couso (2006) también la figura del “curador ad litem” por entenderla:

defectuosa como instrumento para asegurar la participación del niño en la decisión del caso, pues ese actor introduce un filtro que distorsiona la representación del interés manifiesto del niño (los deseos y los intereses del niño) en el proceso, introduciendo en su lugar la lectura que el curador “ad litem” hace de lo que más conviene al niño (p.159)

Pero es que además la propia normativa permite al menor instar la mediación:

La Ley de Mediación de Cataluña, en su artículo 4.2 prevé que los menores puedan instar la mediación en asuntos dispositivos en materia de filiación, adopción y acogida, en conflictos relacionados con el ejercicio de la potestad parental y custodia de los hijos y en conflictos intergeneracionales.

La Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana lo contempla en su artículo 22.2:

“Las personas menores de edad y las personas con capacidad modificada judicialmente podrán intervenir en los procedimientos de mediación en la medida en que según la normativa vigente tengan capacidad para disponer del objeto del conflicto. En su defecto, podrán intervenir a través de sus legales representantes”



En las Comunidades Autónomas en las que aun no exista esta previsión legal, los menores pueden instar directamente la mediación en virtud de los mencionados artículos 9 y 10 de la LOPJM

Por tanto, la reforma de la LOPJM no puede traducirse, en el proceso de mediación, en un simple cambio retórico, sino que debe acompañarse en verdaderas transformaciones prácticas.

Así lo ha entendido el gobierno neozelandés que emprendió un proyecto piloto (2005-2007) que ha arrojado luz sobre muchos aspectos de la inclusión de los menores en el proceso de la mediación.

Sin duda, la incorporación de los niños a la mediación reduce el conflicto familiar. Genera individuos autónomos que son capaces de tomar sus propias decisiones y cuya participación en el proceso da lugar a decisiones más rápidas y consensuadas, atenuando las consecuencias.

Según Valero (2010) "un 40% de los niños colaboradores en el proyecto piloto se convirtieron en piezas singulares en la resolución satisfactoria del conflicto parental" (p.95)

La figura utilizada fue la denominada "amigo especial", que, inicialmente, fue rechazada por gran parte de los niños que no aceptaban a un mediador ajeno a su contexto socio familiar, ante el que habían de ventilar asuntos íntimos de la familia. Los niños desean ser escuchados en el seno familiar.

Esto se solucionó mediante una campaña de familiarización de los niños con la figura del amigo especial que tuvo como resultado la colaboración de la mayoría de los niños.

Moloney y McIntosh (2004) explican que los niños, en situaciones de crisis parental, refieren como lo más preocupante, no poder entablar conversaciones con los padres, actitud que perciben como un pseudoabandono.

El proyecto ha puesto de manifiesto que una de las principales demandas de los menores es la necesidad de recibir información de sus padres o tutores. No entienden por qué se les aísla del conflicto parental. Por mucho que los padres antes de la separación traten de proteger a sus hijos, la realidad es que los niños no permanecen ajenos al conflicto y la falta de comunicación produce un sentimiento de culpabilidad e impotencia. Es por ello, que la interacción comunicativa va a aportar muchas soluciones a la disputa, pero no solo en lo referente a los menores sino también a los adultos.

Valero (2010) indica que "solamente un 10% de los casos tratados retornó al Tribunal de Familia" (p.96) lo cual es un claro indicador del éxito del proceso.

Los principios en los que se basa la mediación inclusiva son los siguientes, según el Final Report of the Voice of the Child Dispute Resolution Advisory Group:

- Los niños y jóvenes de diez años en adelante deben recibir información apropiada a su edad sobre la mediación y otros medios de resolución de disputas.
- Todos los niños mayores de diez años deben recibir una invitación directa y personal para participar, si así lo desean, salvo que concurran circunstancias excepcionales por las que esto no sea



- apropiado o seguro, en el proceso de mediación.
- Su participación siempre debe ser voluntaria.
 - Las conversaciones con niños y jóvenes siempre deben ser conducidas por mediadores especializados y en un modo apropiado.
 - Estas conversaciones deben conseguir que el niño no se vea con la carga de tomar ninguna decisión.
 - Las experiencias de los niños deben ser respetadas, validadas y comprendidas dentro de un proceso de desarrollo.
 - Se ha de apoyar a los padres para escuchar, entender valorar y reflexionar sobre las necesidades de sus hijos y toarlas en cuenta cuando toman decisiones que afectan al futuro de los niños.
 - La mediación o el método de resolución de controversias debe garantizar que las decisiones alcanzadas lo hayan sido tomando en consideración las conversaciones con los niños y los mensajes compartidos con los padres.
 - Las conversaciones que se mantengan con los niños y jóvenes son confidenciales y requieren de la autorización de estos para transmitir información a los padres.
 - Se debe ofrecer ayuda adicional a los niños si se considera necesario.
 - Los niños deben ser informados del proceso de resolución de disputas y los resultados de este les han de ser explicados.
 - Todos los métodos de resolución de disputas deben poner al niño y a su familia en el centro del proceso.

Las fases de a mediación inclusiva son las siguientes, según el citado informe:

1. Toma de contacto, en la que participarán el mediador y cada progenitor individualmente.
2. Sesión conjunta de ambos progenitores con el mediador.
3. Conversaciones con niños y adultos. Si bien en el programa se menciona a los niños menores de diez años, lo cierto es que se indica que los menores de diez pueden ser incluidos si así lo desean, respetando la no discriminación por razón de edad que contiene la CDN.
4. Sesión conjunta de padres, mediador y comediador e hijos.
5. Sesiones con los progenitores a fin de explorar los temas en conflicto e intentar llegar a un acuerdo.
6. Información sobre el proceso a los niños y jóvenes, bien mediante una sesión familiar, bien el mediador con los hijos o por teléfono o carta según se haya acordado con los menores.
7. Sesiones con niños y jóvenes para proporcionar información y apoyo.
8. Acuerdo final en el que estarán presentes el mediador, los progenitores y el mediador o comediador con niños y jóvenes. La finalidad es asegurarse de que los menores comprenden el acuerdo alcanzado.



McIntosh, Wells, Smyth y Long (2008) realizaron un estudio comparativo entre la denominada mediación "child-focused", esto es, la mediación en la que se vela por el interés superior del niño sin que este participe y la mediación inclusiva o "child inclusive" y sus efectos en la postseparación.

Si bien ambos métodos conducen a una reducción del conflicto parental, los hallazgos del estudio sugieren un nivel duradero de reparación de la relación únicamente en la aproximación inclusiva. Los datos apuntan al potencial de la intervención inclusiva para abordar el problema crucial de salud pública del bienestar emocional de los niños después de la separación, a través de la mejora consecuente en las relaciones y la capacidad de respuesta de los padres.

En toda esta investigación se proporciona evidencia para apoyar el desarrollo y la aplicación del modelo inclusivo de mediación terapéuticamente orientada. El método ofreció a los niños una vía segura y especializada para sus puntos de vista e impactó significativamente en la forma en que sus padres pudieron resolver sus disputas sobre crianza. Más allá de cumplir con los derechos del niño, la inclusión de estos en esta forma de mediación de divorcio se asoció con un nivel significativo de reparación de la relación con los padres y una mayor disponibilidad emocional de los padres a los hijos, y dio lugar a acuerdos más sensible al desarrollo y maduración de los hijos y por tanto a una mayor satisfacción tanto de padres como de hijos niños al año de la separación.

Otro modelo de inclusión del menor es el holandés con la figura del "Guardiam ad Litem". Se trata de una figura al servicio de la autoridad judicial, encargada de elaborar un informe pericial. Ha de ser experto forense y utiliza

la técnica de la mediación, tratando de propiciar un divorcio colaborativo.

Desde el año 2009, la ley holandesa obliga a los padres a tener en cuenta los intereses de los menores y que éstos puedan ser informados por el abogado o por el mediador. También a partir de ese año, en los casos de sustracción internacional parental de menores era práctica común que los jueces hablaran con niños de seis años y de tres años a partir de 2013.

Desde el año 2010 los menores tienen derecho a ser oídos en divorcios y los jueces siempre escuchan a los mayores de doce años.

La ley holandesa desde 2009 exige “que se indique la manera en que ha estado el niño involucrado en el plan parental”.

Los psicólogos han observado el efecto positivo de que los menores puedan expresar sus necesidades y preocupaciones a un tercero. El “guardiam ad litem” auxilia al menor indicando sus intereses en el encuentro con los padres, indicando el interés del menor en el encuentro con el Juzgado y preparando al menor y acompañándolo durante el encuentro con el juez.

No necesita del permiso de los progenitores y se encuentra con el menor dos veces, los mediadores en Holanda se encuentran con el menor, habitualmente, una vez y previo permiso de los progenitores.



Si bien la legislación holandesa ofrece garantías suficientes al menor para que su interés superior sea escuchado y respetado, lo cierto es que hallamos grandes diferencias con el modelo neozelandés pues en Holanda el menor no expresa de un modo tan directo ni participa de forma tan activa en el proceso de lograr un acuerdo, sino que existe una figura, el “guardiam ad litem”, que se convierte en el garante de su interés y habla por el menor.

Así lo expresan varios niños entrevistados (Kinderombudsman, 2012)

I am 14 years old. My parents were divorced years ago. After their divorce I lived with my father for a few years and I stayed with my mother for a weekend every other week. At some moment, I wanted to know what it would be like to stay with my mother more often. My father resisted this and got angry as soon as I started talking about this. We had a family guardian, but I could neither really discuss this with him. Or he would take it up with my father who would become angry again. I had the feeling that nobody listened to me or to what I wanted. At last I wrote a letter to the court on this matter, at the Kinder- en Jongerenrechtswinkel (legal advisory agency for children and adolescents), early in 2011. The judge arranged a meeting at his office.. We had a pleasant talk. After that meeting the court decided that I would stay alternating weeks with my mother and my father for a six-month period to see how things would work out. The court also appointed a guardian ad litem. I did not understand very well why this was done, but later on the guardian ad litem explained this to me: she was a lawyer and would advise the court after these six months on what I wanted and what would be in my best interest.

In the beginning I talked with the guardian ad litem every month, later on we talked less often. I regretted

this, because I had the feeling that she did not really know how things were going with me, as a result of this. I did manage to tell to her precisely what I wanted and she explained this to the court after those six months. She did not repeat exactly what I had told her, but she made clear what I wanted. That made me feel good because mom and dad could not get angry with me, this way. In the end the judge decided that the arrangement would stay as it had been during those six months, one week with my father, the other week with my mother. I was very happy about this. I want to grade my guardian ad litem with a 7 (B plus). She did listen to me, but things did not really change because of this guardian ad litem. I had expected before that she would be just like a good family guardian who would listen to me and would not just do whatever my parents wanted. But in the end, the guardian ad litem is someone who can express the things I want at hearings of the court and that really is something special. Since the court hearing I have only talked to her one, on the phone. She told me that I could always call her, but I do not think that I will do this easily. She still is a bit of a stranger to me, someone just passing by.

It would be better if the family guardian and also the parents would listen more closely to the child; I am the only one knowing how I feel and what I want. It has nothing to do really with who is right and I do not have to get what I want all the time, as long as people are listening to me and not just to my parents. It would also be nice if it would not be necessary to go to court in order to let know what you want; it would be a good idea if there were someone for



a child who can tell the parents what their child wants, without having to see a judge. Someone standing between a family guardian and a judge. (p.8) ⁱ

I am 13 years old. I live with my grandparents because things did not work out at home. I would like to stay with my grandparents, but my family guardian did not agree. Last year my grandparents called the Ombudsman for Children and asked what I could do. He told them that I could write a letter to the court (judge) to let the court know what I want. And I did. I was invited to see the judge to tell my story. I was alone with the judge and the guy who writes everything down. The judge listened very well to my story. Later on, my grandparents told me that the court had appointed a guardian ad litem for my case. The guardian ad litem was a lawyer.

I did not like this guardian ad litem one bit and I was quite unhappy with him. He was a very posh guy and was wearing very smart clothes. I visited him at his office. I did not like him and I did not trust him at all. If he had liked soccer, we at least could have had something to talk about. I only spoke to him twice. The first time he explained to me what would happen. He asked me all kinds of things and he let me tell my story. **The second time he had already spoken to my grandparents and my parents, and he was totally on my parents' side. He had already thought out what should be done. The guardian ad litem told me that he would be there for me, but it did not feel that way. I thought it annoying that he had talked with others about me. He did listen, but then he twisted everything I told him.** In spite of this, he did tell the court that I could best stay with my grandparents. And that was what I hoped for. He did not tell me beforehand that this would be his recommendation to the court and I did not read his report. My grandparents told me what the report was

about and they only received this report 20 minutes prior to the court hearing. I was not present at the hearing: I could but the guardian ad litem told me that I did not have to come and then I told him that I would not go to the hearing with him.

Since the court session I have not seen the guardian ad litem again. I did not really mind. I did not like him after all and I was glad that he left. That's why I would give the guardian ad litem a very low grade, an F. A good guardian ad litem really listens to a child and makes sure that the child can be him or herself. My guardian ad litem is similar to my family guardian and all other social workers or therapists. (p.16)ⁱⁱ

I had a guardian ad litem when I was 13 years old. My mother wished to have a (legal) determination of fatherhood or parentage. I had never seen that guy before.

The guardian ad litem was requested by the lawyer of my mother. The guardian ad litem was a lawyer. The whole thing was rather upsetting. My mother told me that I should talk to this lady and that was it. I found it very difficult to answer all questions of the guardian ad litem and I did not really understand all that was going on. The guardian ad litem managed to win my trust and knew how to comfort me. That was really nice.

The guardian ad litem had written a report for the court. And she spoke during the hearing as my representative. I appreciated that a lot, because I did not have to say anything myself. It was already quite tough to see my



father after all these years. I agreed with what was said by the guardian ad litem and I recognised my own words in her story.

Finally fatherhood was determined. After the decision I did not talk to the guardian ad litem again. She did not explain the decision to me and did not ask me how I felt about the whole thing. It was all a bit quick and impersonal. I experienced a certain distance. I would do that differently myself. A good guardian ad litem should show some concern, warmth, is doing the job with enough passion. And a good guardian ad litem should be a good listener and be able to discover whatever the child really wants: do I hear the voice of the child or rather the voice of the mother? The guardian ad litem must be able to determine what will be in the best interest of the child. And he or she does not use legal terminology.

With all this, the preparation for the guardian ad litem could have been better and the aftercare by the guardian ad litem could have been a little more personal. I would like to grade the guardian ad litem with a B, because I did find it very special that I had the chance to give my opinion through the guardian ad litem and this was done very well by the guardian ad litem.(p.24)ⁱⁱⁱ

My parents were divorced when I was 4 years old. Afterwards, I lived with my mother for several years. A few years ago the court decided that I should go and live with my father. I did not agree with this. I wanted my own lawyer. Through my mother's lawyer I heard of the guardian ad litem. I had not heard about this before. The lawyer of my mother requested a guardian ad litem for me and the court arranged an appointment. This was a year and a half ago. I was fifteen then.

The guardian ad litem did not repeat and argue exactly what I wanted. Therefore I asked her why I could not have my own lawyer. She did not object to this, also because she represented my interests and a lawyer my views. She gave me a few names. I then contacted someone I found sympathetic. And this lawyer agreed to do my case.

It was rather pleasant to have both of them. **The guardian ad litem has to keep an eye on the interests of the child and may disagree with the child. You have to be more careful when expressing your opinion.** The guardian ad litem is more neutral. This guardian ad litem supported mediation and stressed the need for contact with my father, but I did not want this. But I did manage to tell her my entire story. She was kind, open, and explained all the options and the proceedings very well, while we were having a cup of hot chocolate. A lawyer will express the opinion of the child and say what the child wants. A good lawyer will only argue in favour of the child. With this lawyer I could talk more freely and think out a strategy together, such as the options we were having and their consequences regarding the goals to be attained, strategic remarks to make. It is better not to say: "I do not want to see my father ever again", but rather "At this moment I do not feel the need to see my father. I do not know things will be in the future." The guardian ad litem also spoke to the family guardian, the Council for Child Protection and at times with my parents as well. I did not always like this. The lawyer did not do this and when she planned to talk to someone, she would always inform me beforehand. On top of that, you can



choose your own lawyer and change lawyers if your lawyer is not good enough, but a guardian ad litem is someone you simply get and you are stuck with him or her. It was nice to have both a lawyer and a guardian ad litem. Each had their own duties and responsibilities. And I could always call someone whenever I had any questions.

The guardian ad litem wrote a letter to the judge, advising the court. I did not read this letter. The guardian ad litem also accompanied me to the hearing to give advice and to respond to the statements made by others. The lawyer forwarded my letters to the court and made written pleadings. She involved me in the preparations of the oral pleadings and showed me the written version beforehand. At the last court hearing it was decided that I could live with my mother. This was what I wanted. Since that court hearing I have not had any contact with the guardian ad litem. Afterwards, we did discuss the hearing once by phone, to round things up. This was OK, more or less, but it would have been nice if we would have had another real meeting together.

I would grade the guardian ad litem with a B plus or A, the lawyer gets an A plus. A good guardian ad litem is someone you can trust right away and will represent your interests, but I rather have my own lawyer. (p.37)^{iv}

6. La protección del interés superior del menor en los conflictos de intereses que puedan surgir en procesos de mediación.

El artículo 2 de la LOPJM dispone que: " Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las

instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro tipo de interés legítimo que pudiera concurrir.

La determinación del interés superior debe atenerse, según la LOPJM, a los principios de proporcionalidad y de necesidad.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condensado estos principios en un "test de proporcionalidad" que exige al Estado probar en cada caso:

Que la medida adoptada persigue un fin legítimo.

Que existe una relación de conformidad o proporción entre los medios empleados y el fin pretendido.

Que no existe otra medida que dañe menos el derecho y consiga idéntico resultado (que no haya ninguna medida menos gravosa para el niño)

La norma del artículo 2 LOPJM es clara, siempre ha de primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, por tanto el mediador ha de velar por que los acuerdos adoptados por las partes respeten siempre este interés superior.

Consideramos que, en caso de duda, los criterios hermenéuticos fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son suficientemente claros como



para que cualquier cuestión pueda ser resuelta satisfactoriamente.

7. Conclusiones

En España, y en virtud de la reforma de la LOPJM y de la legislación citada, entendemos que no cabe sino considerar que los menores han de ser incluidos en el proceso de mediación.

No tiene sentido ya entrar a discutir si son mayores los beneficios o los perjuicios que se le pueden causar puesto que la legislación es suficientemente clara y permite al menor instar la mediación.

A pesar de esto, no parece ser la práctica habitual.

Si bien jurisprudencialmente podemos observar un cambio en las sentencias que pasan a considerar que es necesario oír a los menores, no hemos encontrado, en el ámbito de la mediación, protocolos que garanticen la inclusión del menor en la misma, suponemos que debido a las dificultades a las que antes nos hemos referido por la propia idiosincrasia del proceso de mediación.

Sin embargo, los niños forman parte del núcleo familiar y no permanecen ajenos a la separación o divorcio. El no incluirlos en el proceso de mediación no les protege en absoluto del conflicto.

Solo manteniendo una visión retrógrada de la niñez y la adolescencia y no teniendo en cuenta la función que niños y niñas cumplen en nuestra sociedad se puede entender que se siga argumentando que puede tener consecuencias negativas para los menores participar en un procedimiento que tanto les afecta.

El criterio de la edad ya no es válido y nunca debió serlo. Como bien afirma Dolto (1998):

Se puede hablar a un niño de cualquier edad. [...] Siempre es posible hacerse oír de un niño. A condición

de no hablarle como a un bebé, de no inventar historias para él, de decirle la verdad, en resumen, de respetar en él al futuro hombre o a la futura mujer. (p.110)

Probablemente la reticencia a su inclusión se deba, en parte, a que identifiquemos el escuchar al menor con hacer lo que este ha manifestado como más conveniente a su interés, pero no es este el sentido de la CDN. Lo que se pretende es que el menor tenga su propia voz, no que sea él quien cargue con el peso de decidir en aquellos asuntos que le afecte.

Así, también Dolto (1991) defiende que el menor, en los procedimientos judiciales de separación y divorcio, debería ser escuchados siempre "lo cual no implica en absoluto que de inmediato se hará lo que él pide"

Por tanto, lo que se debe articular es un programa que permita determinar, al igual que el neozelandés, el procedimiento de mediación inclusivo y las formas en que los menores pueden participar en el mismo atendiendo a la capacidad de expresar sus necesidades e intereses.

Valero (2010) relaciona los diferentes procedimientos para incluir a los menores en los procesos de mediación familiar:

-Acción simbólica: el mediador, a lo largo del proceso y cuando así lo considere, preguntará a los padres sobre sus hijos para así ponerse en el lugar de ellos intentado exponer sus sentimientos y opiniones.

Puede apoyarse en una foto u objeto personal del niño.



Es una buena opción para niños muy pequeños, de uno a tres años que presentan grandes obstáculos para expresar sus opiniones.

-Informar a los menores de las decisiones de sus padres una vez alcanzado el acuerdo.

- Trabajar simultáneamente con padres e hijos: dos mediadores trabajan paralelamente con los padres y los hijos y transmiten las opiniones y demandas expuestas por ellos sin que esté cara a cara con sus padres.

- Inclusión parcial del niño.

Los menores son invitados al proceso cuando se están discutiendo asuntos o temas que están directamente relacionados con sus intereses. Tratados estos, los menores se retiran de la mediación.

-Inclusión desde el inicio del proceso.

Entendemos que sólo los procesos que sigan la máxima "child inclusive" al modo neozelandés cumplen con la normativa vigente.

Por tanto, consideramos que sería necesario implantar un programa como el que ya ha demostrado funcionar en Nueva Zelanda (*HELLO, I'M A VOICE, LET ME TALK. CHILD-INCLUSIVE MEDIATION IN FAMILY SEPARATION*, vid. Anexo I) para que pudiera ser incorporado a los servicios de mediación familiar de todas las Comunidades Autónomas.

8. Referencias bibliográficas

La protección del interés superior del menor en los procesos de mediación

Abril Pérez del Campo, C.,2019. La coordinación de parentalidad. *Boletín de la Comisión de Violencia de Género*, pp.13-14

Alarcón Cañuta, M., 2015. Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación. *Ars Boni et Aequi*, pp. 11-47.

Algaba Ros, S., 2017. El acuerdo de mediación familia: su singularidad. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, pp. 19-21.

Belloso Martín, N., 2017. La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿idoneidad? de la mediación familiar. *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá X*, pp.31-35.

Calleja Sanz, M. B., 2014. La intervención de los menores en la mediación familiar. *Revista Internacional de Mediación*, pp. 35-36.

Couso, J., 2006. El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño*, pp. 145-165.

Curi, S. y. G. C., 2003. Mediación en divorcio y el derecho de los chicos a ser escuchados. *Causa Justa*, pp. 22-28.

Dolto, F., 1991. *Cuando los padres se separan*. Buenos Aires: Paidós SAICF.

Dolto, F., 1998. *El niño y la familia*. Barcelona: Paidós.

Felibert, M. P., 2016. Los niños en la mediación ¿tienen la palabra?. *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, pp. 1-4.



Kinderombudsman, D., 2012. The guardian ad litem, a lucky number?. pp. 8,16,24,37.

McIntosh, J. & Long, C. M. &, 2004. Child -focused and Child inclusive Mediation: A comparative study of outcomes. *Journal of Family Studies*, pp. 87-96.

McIntosh, J., Wells, Y. & Smyth, B. & L. C., 2008. Child -focused and child inclusive divorce mediation: comparative outcomes from a prospective study os postseparation adjustment. *Family Court Review*, pp. 105-124.

Valero Matas, J. A., 2010. La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés. *RIPS*, pp. 89-100.

Anexo:

Tengo 14 años. Mis padres se divorciaron hace años. Después de su divorcio, viví con mi padre durante unos años y visitaba a mi madre un fin de semana de cada dos. Quería saber cómo sería estar con mi madre más a menudo. Mi padre se resistió a esto y se enfadó conmigo tan pronto como comencé a hablar de esto. Teníamos un tutor familiar, pero tampoco podía hablar de esto con él o se lo contaría a mi padre, que volvería a enojarse. Tenía la sensación de que nadie me escuchaba a mí ni lo que yo quería. Finalmente, escribí una carta al tribunal sobre este asunto, en el Kinder-en Jongerenrechtswinkel (agencia de asesoría legal para niños y adolescentes), a principios de 2011. El juez organizó una reunión en su oficina. Tuvimos una conversación agradable. Después de esa reunión, el tribunal decidió que me quedaría alternando semanas con mi madre y mi padre durante un período de seis meses para ver cómo funcionaban las cosas. El tribunal también designó un guardiam ad litem. No entendí muy bien por qué se hizo esto, pero más

tarde el guardiam ad litem me explicó que ella era abogada y, después de estos seis meses, aconsejaría al juzgado lo que quería y lo que sería lo mejor para mí.

Al principio hablé con la guardiam ad litem todos los meses, luego hablamos con menos frecuencia. Me arrepentí de esto, porque tuve la sensación de que ella realmente no sabía cómo iban las cosas conmigo. Me las arreglé para decirle exactamente lo que quería y ella se lo explicó a la corte después de esos seis meses. Ella no repitió exactamente lo que le había dicho, pero dejó claro lo que quería. Eso me hizo sentir bien porque mamá y papá no podían enojarse conmigo de esta manera. Al final, el juez decidió que el acuerdo se mantendría como lo había estado durante esos seis meses, una semana con mi padre, la otra semana con mi madre. Estaba muy feliz por esto. Quiero calificar mi tutor ad litem con un 7 (B plus). Ella me escuchó, pero las cosas realmente no cambiaron debido a este tutor ad litem. Había esperado antes que ella fuera como un buen tutor familiar que me escuchara y no solo hiciera lo que mis padres quisieran. Pero al final, el tutor ad litem es alguien que puede expresar lo que quiero en las audiencias ante el juzgado y eso realmente es algo especial. Desde la audiencia en el juzgado, solo he hablado con ella por teléfono. Ella me dijo que siempre podría llamarla, pero no creo que lo haga con facilidad. Ella todavía es un poco extraña para mí, alguien que simplemente he conocido de pasada.

Sería mejor si el tutor de la familia y también los padres escucharan más de cerca al niño; Soy el único que sabe cómo me siento y qué quiero. Realmente no tiene nada



que ver con quién tiene la razón y no tengo que obtener lo que quiero todo el tiempo, siempre y cuando la gente me escuche y no solo a mis padres. También sería bueno si no fuera necesario ir a la corte para hacer saber lo que quieres; Sería una buena idea si hubiera alguien para un niño que pueda decirles a los padres lo que quiere su hijo, sin tener que ver a un juez. Alguien entre un tutor familiar y un juez. (Traducción propia).

Tengo 13 años. Vivo con mis abuelos porque las cosas no funcionaron en casa. Me gustaría quedarme con mis abuelos, pero el tutor de mi familia no estuvo de acuerdo. El año pasado, mis abuelos llamaron al Defensor de los Niños y me preguntaron qué podía hacer. Él les dijo que podía escribir una carta al tribunal (juez) para que el tribunal supiera lo que quiero. Y lo hice. Fui invitado a ver al juez para contar mi historia. Estaba solo con el juez y el tipo que escribe todo. El juez escuchó muy bien mi historia. Más tarde, mis abuelos me dijeron que el tribunal había designado un *guardiam ad litem* para mi caso. El *guardiam ad litem* era abogado. No me gustó este tutor *ad litem* ni un poco y estaba bastante descontento con él. Era un tipo muy elegante y vestía ropa muy elegante. Lo visité en su oficina. No me caía bien y no confiaba en él en absoluto. Si le hubiera gustado el fútbol, al menos podríamos haber tenido algo de qué hablar. Solo le hablé dos veces. La primera vez me explicó lo que sucedería. Me preguntó todo tipo de cosas y me dejó contar mi historia. La segunda vez ya había hablado con mis abuelos y mis padres, y estaba totalmente del lado de mis padres. Ya había pensado qué debería hacerse. El *guardiam ad litem* me dijo que él estaría allí para mí, pero no me pareció así. Me pareció molesto que hubiera hablado con otros sobre mí. Él escuchó, pero luego cambió todo lo que le dije. A pesar de esto, le dijo a la corte que podría quedarme con mis abuelos. Y eso era lo que esperaba. No me dijo de antemano que esta sería su recomendación al tribunal y no leí su informe. Mis

abuelos me contaron de qué se trataba el informe y solo lo recibieron 20 minutos antes de la audiencia en el juzgado. No estuve presente en la audiencia: podía ir pero el tutor ad litem me dijo que no tenía por qué y luego le dije que no iría a la audiencia con él.

Desde la sesión en el juzgado no he vuelto a ver al tutor ad litem. Realmente no me importó. Después de todo, no me caía bien y me alegré de que se fuera. Es por eso que le daría al tutor ad litem una calificación muy baja, una F. Un buen tutor ad litem realmente escucha a un niño y se asegura de que el niño pueda ser él mismo. Mi tutor ad litem es similar a mi tutor familiar y todos los demás trabajadores sociales o terapeutas. (Traducción propia).

Tuve un tutor ad litem cuando tenía 13 años. Mi madre deseaba tener una determinación (legal) de paternidad o paternidad. Nunca había visto a ese tipo antes.

El guardiam ad litem fue solicitado por el abogado de mi madre. La guardiam ad litem era abogado. Todo el asunto fue bastante molesto. Mi madre me dijo que debería hablar con esta señora y eso fue todo. Me resultó muy difícil responder todas las preguntas de la guardiam ad litem y realmente no entendí todo lo que estaba sucediendo. Ella logró ganarse mi confianza y sabía cómo consolarme. Eso estuvo muy bien.

Había escrito un informe para el tribunal y habló durante la audiencia como mi representante. Aprecié mucho eso, porque no tuve que decir nada yo mismo. Ya era bastante difícil ver a mi padre después de todos estos años. Estuve de acuerdo con lo que dijo el tutor ad litem y reconocí mis propias palabras en su historia.

Finalmente se determinó la paternidad. Después de la decisión, no volví a hablar con la guardiam ad litem. Ella



no me explicó la decisión y no me preguntó cómo me sentía al respecto. Todo fue un poco rápido e impersonal. Experimenté una cierta distancia. Yo haría eso de manera diferente. Un buen tutor ad litem debe mostrar cierta preocupación, calidez, es hacer el trabajo con suficiente pasión. Y un buen tutor ad litem debería ser un buen oyente y ser capaz de descubrir lo que el niño realmente quiera: ¿escucho la voz del niño o más bien la voz de la madre? El tutor ad litem debe poder determinar qué será lo mejor para el niño. Y él o ella no debería usar terminología legal.

Con todo esto, la preparación para el tutor ad litem podría haber sido mejor y el cuidado posterior del tutor ad litem podría haber sido un poco más personal. Me gustaría calificar al tutor ad litem con una B, porque me pareció muy especial que tuviera la oportunidad de dar mi opinión a través del tutor ad litem y esto lo hizo muy bien. (Traducción propia)

Mis padres se divorciaron cuando yo tenía 4 años. Después, viví con mi madre durante varios años. Hace unos años, el tribunal decidió que debía ir a vivir con mi padre. No estaba de acuerdo con esto ...

Quería mi propio abogado. A través del abogado de mi madre me enteré del guardiam ad litem. No había escuchado sobre esto antes. El abogado de mi madre solicitó un guardiam ad litem para mí y el tribunal concertó una cita. Esto fue hace un año y medio. Tenía quince años entonces.

El tutor ad litem no repitió exactamente lo que quería. Por eso le pregunté por qué no podía tener mi propio abogado. Ella no se opuso a esto, también porque representaba mis intereses y un abogado mis puntos de vista. Ella me dio algunos nombres. Luego contacté a alguien que me pareció comprensivo. Y este abogado acordó hacer mi caso.

Fue bastante agradable tenerlos a ambos. El tutor ad litem debe vigilar los intereses del niño y puede estar en

desacuerdo con el niño. Tienes que tener más cuidado al expresar tu opinión. El tutor ad litem es más neutral. Este tutor ad litem apoyó la mediación y enfatizó la necesidad de contacto con mi padre, pero yo no quería esto. Pero logré contarle toda mi historia. Ella fue amable, abierta y explicó muy bien todas las opciones y los procedimientos, mientras tomábamos una taza de chocolate caliente. Un abogado expresará la opinión del niño y dirá lo que el niño quiere. Un buen abogado solo argumentará a favor del niño. Con este abogado podía hablar más libremente y pensar juntos en una estrategia, así como las opciones que teníamos y sus consecuencias con respecto a los objetivos a alcanzar, los comentarios estratégicos que hacer. Es mejor no decir: "No quiero ver a mi padre nunca más ", sino más bien " en este momento no siento la necesidad de ver a mi padre. No sé cómo serán las cosas en un futuro". El tutor ad litem también habló con el tutor de la familia, el Consejo para la Protección de la Infancia y, en ocasiones, también con mis padres. No siempre me gustó esto. El abogado no hizo esto y cuando planeaba hablar con alguien, siempre me informaba de antemano. Además de eso, puedes elegir tu propio abogado y cambiar de abogado si s no es lo suficientemente bueno, pero un tutor ad litem es alguien que simplemente te asignan. Fue agradable tener un abogado y un tutor ad litem. Cada uno tenía sus propios deberes y responsabilidades. Y siempre podía llamar a alguien cuando tenía alguna pregunta.

La guardiam ad litem escribió una carta al juez, asesorando al tribunal. No leí esta carta. También me acompañó a la audiencia para dar consejos y responder a las declaraciones hechas por otros. El abogado remitió



mis cartas al tribunal e hizo alegatos escritos. Ella me involucró en los preparativos de los alegatos orales y me mostró la versión escrita de antemano. En la última audiencia ante el juzgado se decidió que podía vivir con mi madre. Esto era lo que quería. Desde esa audiencia en el juzgado no he tenido ningún contacto con la guardiam ad litem. Luego, discutimos la audiencia una vez por teléfono, para aclarar las cosas. Esto estuvo bien, más o menos, pero hubiera sido agradable si hubiéramos tenido otra reunión real juntos.

Calificaría al tutor ad litem con un B plus o A, el abogado obtiene un A plus. Un buen tutor ad litem es alguien en quien puedes confiar de inmediato y que representará tus intereses, pero prefiero tener mi propio abogado. (Traducción propia)

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN ESPAÑA: IMPUNIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL

D^a. María del Mar Imaz Montes¹

Resumen: La Guerra Civil española (1936 – 1939) fue seguida por una cruel dictadura de más de tres décadas durante la que se cometieron innumerables atrocidades. Este desarrollo aborda los crímenes contra la

¹ Graduada en Ciencias Políticas y en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigadora en el programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Trabajadora del Servicio de Promoción Económica y Empleo del Ayuntamiento de Oviedo.

Posgrado en Asesoramiento y consultoría jurídico- laboral por la Universidad Carlos III de Madrid y en Acceso a la Abogacía por la Universidad Complutense de Madrid.

Estudiante del Grado en Criminología en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.



humanidad, el genocidio y las desapariciones forzadas como elementos principales de ese periodo, y hace un recorrido jurídico a la legislación en materia de memoria histórica que se ha desarrollado durante los últimos cuarenta años de democracia, abordando cómo se ha producido la reparación a las víctimas (o cómo no se ha hecho) y la proyección internacional de este asunto, con el ejemplo de la llamada Querrela Argentina.

Por último, se pretende dar un matiz más sociológico hablando de un derecho ciudadano a la memoria histórica nacido de un movimiento social, estratificando sus etapas de desarrollo hasta que consiguió dar el salto a la esfera pública e introducirse en la agenda política.

Abstract: The spanish civil war (1936- 1939) was followed by a bloody dictatorship for more than three decades, during wich countless atrocities happened. This essay will tackle crimes against humanity, genocide and forced dissapearances as the main characteristic, and It will gather information about legislation in historical memory that has been enacted for the last forty years of democracy, tackling how the victims`reparation has happend (or how It hasn´t happened), and the international impacto f such issue, regarding the argentinian complaint as the most relevant example.

Finally, It tries to give a sociological approach talking about a historical memory right owned by the citizenship, It was born as a social movement, with diferent periods of development. Nowadays, It has got inside the public space and has been introduced in the political agency.

Palabras claves: Derechos Humanos – Memoria histórica- Crímenes contra la humanidad- Genocidio- Desapariciones forzadas

Key words: Human Rights – Historical memory – Crimes against humanity – Genocide – Forced disappearance

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los conceptos de genocidio y crímenes de lesa humanidad. 3. Las

desapariciones Forzadas. 4. Marco jurídico nacional. 4.1 Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. 4.2- Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían los derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. 4.3 Tribunales nacionales y jurisprudencia. 5. Pronunciamientos Internacionales. Especial referencia al papel de la ONU 6. La querrela Argentina 6.1 Efectividad palpable: El Caso Mendieta. 7. Derecho ciudadano a la memoria histórica. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía

1. Introducción

España es el segundo país del mundo con mayor número de fosas comunes, solo superado por Camboya. Ello responde a las dinámicas propias de una dictadura: ocultar el horror que ha cometido.

Esta premisa puede resultar indignante para muchos y desoladora para aquellos que a día de hoy continúan buscando a sus familiares, pero va mucho más allá, en ella hunden sus raíces carencias de nuestro actual Estado democrático y social. En esta línea apunta el catedrático de Ciencias Políticas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona Viçent Navarro (2002) que en su obra "Bienestar insuficiente, democracia incompleta" hace un diagnóstico sobre las carencias del Estado de bienestar español, destacando el olvido de la Segunda República, la Guerra Civil y la dictadura resultante de un pacto de silencio (también conocido como pacto del olvido) alcanzado durante la transición a la democracia, resaltando al mismo tiempo que la juventud española, junto con la austriaca, es la que menos conoce sobre su historia reciente y apuntando, al



mismo tiempo, que resulta difícil construir un futuro cuando se desconoce tanto del pasado².

Con "pacto de silencio", jurídicamente, se refiere a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, con la cual se impidieron los mecanismos de la justicia transicional³ que había sido puesta en marcha en otros lugares del mundo ante casos parecidos, un pretendido olvido que se justificaba en nombre de "la gobernabilidad, la estabilidad y la paz"⁴.

Pasaron varias décadas durante las cuales se desconocía la magnitud de la represión y el genocidio, pues, como se verá más adelante, la erradicación sistemática de ciudadanos españoles durante el periodo de la dictadura se corresponde, en derecho internacional, con dicho concepto. "La voz dormida" de Dulce Chacón (Alfaguara, 2002), dramatizada hábilmente tiempo después por Benito Zambrano (2011), plasmó este clima de silencio y tabús que, ya avanzada la década de los años noventa e incluso a principios de los 2000 entrado el nuevo milenio, seguía imperando en España.

Por entonces se desconocía la verdadera magnitud de los acontecimientos, cifras que si bien a día de hoy aun no podemos conocer con exactitud debido a la fragmentación de la información y las dificultades de llegar a ella (por ejemplo, no es extraño que el párroco, autoridad militar o fundación privada deniegue el acceso

² Navarro, V. (2002): Bienestar insuficiente, democracia incompleta. Anagrama, Barcelona, pág. 25.

³ Por justicia transicional se entiende el "conjunto de medidas políticas, jurídicas, económicas y simbólicas que se adoptan con el objeto de facilitar los procesos de transición de un periodo o régimen de violación de las libertades y derechos de las personas, a un nuevo contexto de democracia y preeminencia del derecho" (Míguez, 2014), basándose en la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas (Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 2005).

⁴ Martín Pallín, A. y Escudero Alday, R. (2008): Derecho y memoria histórica. Editorial Trotta, pág 10.

a los registros, de ahí deriva la imperiosa necesidad de crear un registro público al amparo del Estado), pero si algo ha quedado latente es que estas atrocidades fueron producidas de una forma sistemática y premeditada⁵: desapariciones forzadas, fusilamientos, robo de niños⁶, violaciones y otras humillaciones de género⁷, privación de libertad por motivos políticos⁸, torturas, expolios

⁵ Véase Babiano, J., Gómez, G., Míguez, A., y Trébar, J. (2018): *Verdugos impunes, el franquismo y la violación sistemática de los derechos humanos*. Editorial Pasado y presente.

⁶ Carlos Slepoy los cifraba en centenares de miles, durante los primeros años con una justificación política (esto es, en base a las teorías del psiquiatra franquista Vallejo- Nájera, se buscaba aislar "el gen rojo" separando a los bebés de sus padres y dándoselos a familias cercanas al régimen) que, con las décadas, se extendió a una justificación moral (madres solteras, familias pobres) y posteriormente más económica. Esta práctica se extendió entre 1940 y 1990.

⁷ Muchas mujeres fueron rapadas al cero, purgadas con aceite de ricino, exhibidas públicamente por las calles de sus pueblos a modo de humillación.

⁸ Unas estancias en prisión en condiciones deplorables, nuevamente buscando deshumanizar a las víctimas, entre hambre y falta de higiene.



patrimoniales⁹, trabajos forzados¹⁰ y reclusión en campos de concentración¹¹.

La generación de los nietos de estas víctimas, aunque muy restringida en el apoyo popular debido a la absoluta ignorancia a la que oficialmente han sido relegados estos acontecimientos¹², ha impulsado desde la sociedad civil peticiones y movimientos en defensa de la memoria y así, el Gobierno¹³ dictó el Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre, por el cual se crea la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y el franquismo. Se inicia así un periodo que dará amparo a múltiples preceptos legales al respecto, véase por ejemplo la Ley 3/2005, de 18 de marzo, sobre prestaciones económicas a los niños

⁹ No solamente la anulación del dinero republicano (13.251 millones, más otros 10.365 millones en depósitos bancarios) sino también expolio de bienes, expedientes de incautación, y usurpaciones al hilo de la Ley de responsabilidades políticas.

¹⁰ Un reciente informe encargado por el Gobierno de Pedro Sánchez refleja que entre abril de 1939 y enero de 1940 había 90.000 en batallones de trabajadores y 47.000 en batallones disciplinarios, dentro de los cuales se trataba de crear una nueva conciencia acorde al régimen en los sujetos presos.

¹¹ Según Carlos Hernández (Los campos de concentración de Franco) en España hubo 296 campos franquistas de concentración por los que pasaron entre 700.000 y un millón de españoles que sufrieron un proceso de deshumanización y degradación psicológica.

¹² El Informe del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias de la ONU recomienda (recomendación "h", pág 18) la educación como instrumento fundamental para garantizar la no repetición: Todo lo contrario a la política educativa que se ha venido implementando, para saber más al respecto véase BEL, Juan Carlos y COLOMER, Juan Carlos (2017): "Guerra Civil y franquismo en los libros de texto actuales de Educación Primaria: análisis de contenido y orientación didáctica en el marco de la LOMCE". *Revista Muesca*. Universitat de València.

¹³ VIII Legislatura, gobierno presidido por José Luís Rodríguez Zapatero (Partido Socialista Obrero Español).

de la guerra, o el Real Decreto Ley 13/2005, de 28 de octubre, por el que se restauran bienes y derechos del denominado patrimonio sindical histórico (en el mismo sentido, Ley 50/2007, de 26 de diciembre, relativa a estas restituciones para los bienes de partidos políticos). Con todo ello, ante demandas de una ley integral que construyese un marco institucional para la creación e implementación de políticas públicas relativas a la materia, y tras un arduo proceso parlamentario plagado de polémicas y discusiones, vio la luz la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, conocida popularmente como la Ley de Memoria Histórica.

Durante las siguientes páginas se verá como, aunque imprescindible y una gran conquista en su momento, el marco legislativo de los derechos de las víctimas del franquismo es insuficiente, así mismo, se hará un trazado sobre los denominados crímenes de lesa humanidad, con profundidad en los conceptos de genocidio y desaparición forzada por ser aquellos que, junto a las torturas y al robo de bebés, mejor encaje han tenido en la proyección internacional de la causa, se esbozará el marco jurídico nacional (principalmente a través de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, y de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían los derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, más conocida como Ley de Memoria Histórica) con la interpretación que han hecho los tribunales en base al mismo, se abordarán los pronunciamientos de diferentes



órganos de carácter internacional con especial incidencia en el papel de la ONU y, sobretodo, se destacará la acción de los ciudadanos, en tanto han sido las agrupaciones de víctimas y asociaciones de memoria histórica de quienes ha emanado esta fuerza legislativa logrando poner en la agenda pública un tema tan olvidado como éste, y no de la propia iniciativa política, haciendo especial hincapié en el hito de la denominada querrela argentina, instruida por la jueza María Servini al amparo de la justicia universal¹⁴, con mención especial al caso Mendencia en tanto supone la fructificación y materialización de ese labor jurídico, para terminar dando un encaje sociológico y político a la memoria histórica como derecho ciudadano y, sobre todo, tratando de dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación en unas sucintas conclusiones:

¿Es realmente la Ley de Amnistía una pantalla válida para evitar los procesamientos por los hechos cometidos durante este periodo oscuro de la historia de España (1936- 1978) o, como afirmó dicha jueza, se trata de crímenes de lesa humanidad sin prescripción ni justificación posible?

2. Los conceptos de genocidio y crímenes de lesa humanidad

¹⁴ Principio que habilita a los órganos judiciales de un Estado para investigar crímenes cometidos fuera de sus fronteras, sin que sea preciso que los mismos afecten a sus intereses o sean cometidos por o contra sus ciudadanos, ni que los autores de los ilícitos se encuentren en su territorio, con los únicos límites de que no hubieran sido juzgados por dichos hechos en cualquier otro país, y que los mismos constituyan crímenes internacionales, esto es, aquellos objeto de tratados o estatutos internacionales, especialmente aquellos considerados contra la humanidad: El cáliz internacional del crimen determina el carácter universal de la jurisdicción, actuando el tribunal de justicia en cuestión como representante de la comunidad internacional.

El Estatuto de Roma de 1999 conceptualiza el genocidio de forma clásica como la eliminación sistemática de un grupo social por motivos de nacionalidad, etnia, raza o religión, al respecto se advierte la indefensión en la que se encuentran las víctimas por motivos ideológicos ya en el informe Whitaker¹⁵.

No obstante, si se habla de genocidio es imperativo hacer referencia a Raphael Lemkin, quien consideraba que la gravedad de ciertas infracciones jurídicas especialmente repudiadas por la comunidad internacional, tales como el genocidio, las torturas o las desapariciones forzadas, revisten de tal gravedad que debe ser posible juzgar al delincuente que lo haya cometido independientemente de su nacionalidad o del lugar en que se cometió el crimen, han sido condenados por el mundo civilizado tanto en tiempo de guerra como de paz. Si bien ya había redactado la Resolución 96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cabe destacar como hito la Convención para la prevención y sanción del genocidio, que fue votada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, convirtiéndose así en el primer tratado sobre derechos humanos que era adoptado por las Naciones Unidas, entendiendo este delito especialmente contrario a su espíritu y a sus fines. "En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo;

¹⁵ Emitido por relatores de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 2 de julio de 1985.



b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo” tal y como recoge su artículo segundo, y con él os estados firmantes se comprometen a prevenir y sancionar el genocidio confirmándolo como un delito de derecho internacional (art. 1). Igualmente, el texto en cuestión señala que los acusados de genocidio serán juzgados por el tribunal competente del Estado en cuyo territorio hayan tenido lugar los hechos o ante la Corte Penal Internacional en la que se reconozca su jurisdicción (art. 6). En supuestos de controversia, se prevé el sometimiento a la Corte Penal Internacional a solicitud de cualquiera de las partes (art. 9).

En base a lo anterior, numerosos casos han sido juzgados en las últimas décadas, véase la condena de Jean Paul Akayesu, acusado de genocidio, tortura, violación y otros actos calificables de crímenes de lesa humanidad, el 2 de septiembre de 1998 dictada por el Tribunal Internacional para Ruanda, así mismo, la condena del general Krstic por genocidio dictada el 2 de agosto de 2001 por el Tribunal Internacional para Yugoslavia, y por último la condena a Paul Bisengimana por genocidio y crímenes de lesa humanidad dictada el 13 de abril de 2006 por el Tribunal Internacional para Ruanda.

Respecto al caso español, se ha venido defendiendo la calificación de genocidio para la práctica exterminadora del franquismo con la clave participación del aparato estatal, tanto en su perpetración como en su consolidación mediante el negacionismo y, en ese contexto, la intervención exterior se erige como garante de la legalidad, materializada ésta en el principio de justicia universal (Míguez, 2014). La represión franquista dio lugar a ésta y otras violaciones de

Derechos Humanos reconocidos por la Declaración Universal de la ONU (1948) y los Pactos Internacionales (1966) de forma continuada y con carácter sistémico. A las ejecuciones extrajudiciales llevadas a cabo durante los años cuarenta les siguieron las realizadas sin garantías jurídicas¹⁶, y la violencia en instancias estatales, tanto comisarias como penitenciarias, se materializó en torturas, malos tratos, desatención médica y secuelas psicológicas (Babiano, 2018).

Este delito internacional no debe confundirse con los denominados crímenes de lesa humanidad pues, aunque inicialmente fuera concebido como tal, adquirió entidad propia ya que la específica "intención de destrucción de un grupo" inserta en la conceptualización del genocidio está ausente de la definición de crímenes de lesa humanidad. Dicha definición se perfecciona en el Estatuto de Roma (artículo 7) bajo los siguientes términos:

<< 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h)

¹⁶ Entre 1963 y 1975, las autoridades militares dictaminaron la ejecución de 9 personas mediante fusilamientos y garrote vil.



Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.>>. Todo ese listado de acciones implica una línea de conducta en tanto requieren ser perpetradas como parte de un ataque más amplio.

La distinción jurídica más relevante entre ambos conceptos radica en la idea de los individuos como tal y no como grupo nacional, esto es, acciones indiscriminadas contra la población civil (crímenes de lesa humanidad) frente a acciones dirigidas a un grupo concreto de población buscando su destrucción total o parcial (genocidio). Las variantes de proyecto de destrucción de un pueblo y la lógica de opresión como explicación central del fenómeno de genocidio según Lemkin, no se encuentran en los crímenes contra la humanidad, de ahí que el delito concreto (muerte, tortura, desaparición forzada, etc) tienda a explicarse en la propia maldad humana.

3. Las Desapariciones forzadas

Como ya se ha dicho, no es posible arrojar luz con total certeza sobre la cifra de víctimas de la represión franquista debido a la ausencia de bases de datos centralizadas, no obstante, de acuerdo con el Auto de instrucción dictado por el Juzgado de lo Penal nº 5 de la Audiencia Nacional, el número de desapariciones forzadas en España entre el 17 de julio de 1936 y diciembre de 1951 se estima en unas 114.226 víctimas.

Los elementos definitorios de la desaparición forzada son, en primer lugar, la privación ilegítima de libertad que no necesariamente debe ser ab initio, la configuración típica de este delito sería pues una privación ilegítima de libertad, en el momento mismo o posterior, con independencia del trato que reciba la víctima. Se puede presumir desaparición forzada cuando el detenido, ahora en paradero desconocido, se encontraba en un lugar bajo control del Estado. También configura este supuesto la negativa a informar sobre el desaparecido, tanto de forma activa como por omisión. Otro rasgo a tener en cuenta, en principio pacífico, es el sujeto activo de la desaparición, es decir quien la acomete, pues tradicionalmente se entendía que ésta debía ser practicada por intervención estatal o, en todo caso, de agentes relacionados con el mismo, no obstante, precisamente a raíz de los conflictos armados no internacionales se comenzó a cuestionar la posibilidad de la intervención de un agente no estatal durante la redacción de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, y a través de la interpretación de sus artículos segundo y tercero se abrió esta posibilidad, quedando por lo tanto configurado de cuatro formas diferenciadas el delito de la desaparición forzada en función al sujeto activo: cuando se realiza por un órgano del Estado (concepción inicial, de hecho el concepto de la desaparición forzada se construyó en torno a este supuesto para dar respuesta a la situación de las dictaduras del Cono Sur a través de una argumentación normativa que responsabilizase a las fuerzas de seguridad del Estado: órgano "incluye toda persona o entidad que tenga esta condición según el



derecho interno del Estado”, acorde al art 4 CDI, de ello que el Estado se responsabilice de las actuaciones de cualquier órgano de poder ejecutivo, legislativo o judicial, e independientemente de cual sea su posición jerárquica, así como de si se trataba de un acto no autorizado o ultra vires), cuando intervienen particulares que actúan por instrucción o bajo la dirección o control del estado (exceptuando la clásica regla de derecho internacional por la cual el comportamiento de los particulares no puede ser atribuible al Estado desde la Resolución sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobada en 2001 por la Comisión de Derecho Internacional, tanto cuando actúan bajo instrucciones del Estado que deben estar acreditadas¹⁷, como cuando lo hacen bajo la dirección o control del Estado, aunque relativo a dicho control surge la controversia jurisprudencial, personalmente me decanto por el test de control general en contraposición al test de control efectivo debido al pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986 sobre los contras nicaragüenses, a los cuales entendía que, a pesar de la ayuda y suministro que les fue proporcionado por Estados Unidos, éste carecía de responsabilidad por los actos que éstos habían cometido en base a una supuesta autonomía decisional grupal), cuando se configura un riesgo atribuible al estado (ausencia o defecto de autoridades oficiales, movimientos insurreccionales al propio Estado, y la teoría del riesgo previsible y evitable o doctrina de las obligaciones positivas, que implica la necesidad de la existencia de una situación de riesgo real o inmediato, la cual amenace a un individuo o a un grupo determinado de ellos, su conocimiento por parte del Estado, y por

¹⁷ Salvando los casos generalizados o sistemáticos, por ejemplo para el caso de desapariciones forzadas de líderes sindicales no se precisa la prueba de cada caso concreto como hecho aislado sino del conjunto, una orden general motivadora de la responsabilidad.

último la posibilidad razonable de prevenir o evitar la materialización del riesgo), y cuando actúan personas o grupos de personas sin conexión alguna con éste (tema para nada pacífico y cuyo debate aún no ha sido cerrado, en este sentido quisiera mostrar mi adhesión a la corriente clásica que no considera al Estado responsable de este tipo de actuaciones debido a que el particular como tal no puede configurar la conducta típica de la desaparición forzada entre otros muchos motivos porque carece de la obligación de información que, como ya se ha dicho, constituye uno de los elementos esenciales del ilícito).

Como cuarto y último elemento definitorio de la desaparición forzosa, cabe señalar la sustracción de la Ley a la víctima, impidiéndole el acceso a las garantías procesales y los recursos que legalmente le corresponderían. Cuestión controvertida y que la Convención dejó ciertamente abierta a la voluntad estatal por la ambigüedad en que fue formulado el precepto, no obstante, considero correcto adherirme a la línea de Sferraza, quien propone la objetivación de la desaparición y así remitir a otro requisito elemental, que es la denegación de información sobre la víctima, como motivo de inaccesibilidad al sistema legal de garantías y recursos.

La tipificación del delito de desaparición forzada es relativamente reciente, si bien en el asunto Kupreškić (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 14 de enero del 2000) conceptualizó los actos de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad al ampararlos en la categoría genérica de "otros actos inhumanos" pues no figuraban propiamente en el estatuto, fue con la jurisprudencia de la Corte



Interamericana de Derechos Humanos cuando se conformó propiamente este crimen, véase el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, donde se extrae que la obligación de investigar las desapariciones forzadas es una obligación de medios¹⁸, y posteriormente el caso Blake contra Guatemala¹⁹ introdujo una importante innovación relativa al victimario: a la conceptualización de la persona desaparecida como víctima se añaden sus familiares también como víctimas directas y autónomas de la vulneración de la propia integridad de los mismos mediante un trato inhumano y degradante²⁰ que, si bien en sí mismo no es un delito continuo, atendiendo al, a mi entender, acertado razonamiento del relator Fabián Salvioli, respecto a la desaparición forzada sí lo sería por el hecho de estar indisolublemente ligado a ella, alterando la naturaleza jurídica de la violación pues el paso del tiempo, a diferencia de otro tipo de vulneraciones, no hace sino aumentar la incertidumbre del familiar y ahondar aún más si cabe en ese trato inhumano, de tal manera que al continuar cometiéndose no podría ya argumentarse la obligación de medios citada, sino que estaríamos ante una obligación de resultado puesto que la única forma de restaurar el derecho lesionado implica el cese de tal sufrimiento.

En conexión a esto, la denegación de acceso a los archivos que, como se ha dicho, constituye uno de los mayores impedimentos a la hora de llevar a cabo el

¹⁸ Sentencia de 29 de julio de 1988.

¹⁹ Sentencia de 24 de enero de 1998.

²⁰ "El sufrimiento de una madre se presume iuris tantum. (...) ¿Qué diferencia sustantiva existe entre el sufrimiento causado al destinatario directo de la acción del agente y el quebranto producido sobre la integridad psíquica o moral del familiar cercano, que lo padece a partir de la conducta ilícita del propio agente?" (Caso Mack Chang contra Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de noviembre de 2003).

proceso de reparación, ya no solamente caería en la esfera administrativa, sino que implicaría la comisión de un delito propio de obstrucción a la justicia e incluso de encubrimiento. Algo que, si bien podría solventarse mediante el establecimiento de un marco normativo contundente, especialmente en referencia a los de las instituciones militares, se podrá apreciar que actualmente adolece de una auténtica fragilidad.

Por último, destacar que la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas señala en su artículo 18.1 que los autores de las mismas “no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”.

4. Marco jurídico nacional

Para comprender ese desconocimiento del pasado al que se aludía en la introducción, cabe resaltar que durante el periodo de transición en el que se configuró la nueva democracia no se contempló ningún tipo de justicia transicional, entendida ésta como “el conjunto de medidas políticas, jurídicas, económicas y simbólicas que se adoptan con el objeto de facilitar los procesos de transición de un periodo o régimen de violación de las libertades y derechos de las personas, a un nuevo contexto de democracia y preeminencia del derecho”²¹ la cual, además, ha de estar inspirada en los principios de verdad, justicia y reparación, tal y como subrayó la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el año 2005.

²¹ Míguez (2014): La genealogía... pag 181



4.1 Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía

La Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, pilar básico en la gestión de este asunto, no cumple en absoluto con lo anterior, más bien al contrario puesto que extiende la idea del negacionismo y la equidistancia, equipara los actos de quienes defendían un gobierno democrático legítimo con los de quienes se sublevaron contra él, unido a un contexto en el que imperaba el discurso de “víctimas de ambos bandos” con la correspondiente deslegitimación de la España democrática de 1936 según Míguez (2014) y extendiendo la identificación de democracia con reconciliación y, a su vez, reconciliación con perdón, en un acto de total perversión del concepto reconciliación: la reconciliación es la recuperación de la confianza de la sociedad en el Estado cuando éste se ha convertido en una maquinaria de violar derechos en lugar de garantizarlos, como es su función propia. Únicamente a través de la restauración de la justicia y mediante la aplicación de los estándares internacionales desarrollados a tal efecto, la sociedad recupera la confianza en el Estado, reconciliándose con él. Tema distinto sería el perdón individual, que pertenece al fuero interno de la víctima o sus familiares y es totalmente ajeno al ámbito jurídico.

Este texto legislativo perfiló la transición como un modelo de olvido del pasado absoluto²², cuyos homónimos en otros países han recibido pronunciamientos en su contra tanto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referente al

²² En este sentido, CHINCHÓN, Javier (2012): “El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España: una visión de conjunto desde el Derecho internacional”, en *Revista de la Universidad de Deusto* nº 67.

Perú de Fujimori²³ o Brasil con la guerrilla de Araguaia²⁴, como el Tribunal Especial de Sierra Leona en el caso Kondewa, entre otras muchas, derogándose sus leyes de amnistía y convirtiendo, en muchos casos, sus campos de concentración y lugares de represión en museos que animan a recordar “para que no se repita otra vez”. Jurídicamente, la amnistía la “es una institución de derecho penal que supone la extinción de la responsabilidad penal del actor del hecho típico, convirtiéndose en una derogación parcial y transitoria de la ley penal, respecto a hechos ya realizados, llevada a cabo por el poder público en atención a circunstancias singularmente políticas”²⁵. Así, los presos republicanos y exiliados pudieron recuperar su libertad²⁶, aplicable a aquellos condenados por delitos y faltas de intencionalidad política (ámbito genuino de aplicación, es decir, relativo al movimiento contrario al régimen opresor) en tanto no hayan lesionado la vida o integridad de las personas y extendiéndolo a los delitos de rebelión y sedición que contemplaba el Código de Justicia Militar vigente, tal y como recoge el artículo 1 de la propia Ley, así como los delitos de expresión (excepción de los delitos de injurias y calumnias) en su artículo 2, y enlazando en su artículo 5 con la amnistía laboral

²³ Casos de Barrios Altos y la Cantuta, 2002.

²⁴ Sentencia 27 de noviembre de 2010.

²⁵ VALLÉS Muñío, Daniel (2004): Amnistía y responsabilidad civil. Indret, Barcelona, pág. 9.

²⁶ Como antecedente, destacar que el Gobierno publicó en el BOE nº 186, de 4 de agosto de 1976, el RD- Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía. Destacar de dicho texto que no contempló la restitución de los militares depurados en sus puestos.



(infracciones de naturaleza laboral y sindical consistentes en actos que supongan el ejercicio de derechos reconocidos a los trabajadores en normas o convenios internacionales), preceptos más que necesarios para la construcción de la nueva democracia (presos por “delitos de intencionalidad política” excarcelados, exiliados retornados, reintegración de derechos a funcionarios civiles, cancelación de los antecedentes penales de todos ellos aunque hubiesen fallecido, y posibilidad de indemnización civil del Estado por la vía contencioso- administrativa), aunque su interpretación extensiva (extensible “en todo caso”) ha generado la inmunidad de los autores de delitos tales como el genocidio: En su artículo 2.e) se alude expresamente a las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, amnistiando los delitos o faltas que pudieran haber cometido con ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en la Ley, aunque sin introducir el componente político que se requería a los represaliados, es por ello que “puede haber comportado una cierta desigualdad ya que se han perdonado delitos cometidos por motivos personales, esta injusticia se vería materializada en una vulneración del art 14 CE y llevaría a entender la amnistía como anticonstitucional”²⁷, y posteriormente el articulado amplía la cobertura a los delitos de estos funcionarios cometidos contra los derechos de las personas. Se da así la paradoja, según Ranz (2017), de que los militares condenados por defender la España democrática no fueron reintegrados en sus derechos, tanto profesionales como económicos, pero paralelamente aquellos funcionarios afines al régimen dictatorial pertenecientes a cuerpos incluso condenados por asesinar manifestantes quedaban amnistiados y percibiendo prestaciones económicas públicas.

²⁷ En palabras de Vallés Muñío (2004).

En 1984 se llevó a cabo una ampliación de este texto (Ley 1/1984, de 9 de enero), adicionando un nuevo artículo a la Ley de Amnistía por el cual se declaraban prescritos los efectos civiles de ésta. Es decir, se elimina cualquier posibilidad de responsabilidad civil por parte del Estado, aunque el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de este aspecto relativo a las acciones laborales (despidos, sanciones y limitaciones de derechos)²⁸.

Con todo ello, concluir que al margen de las modificaciones del año 1984 relativas a la cotización a la Seguridad Social de los presos y a la imprescriptibilidad de la declaración de amnistía, dicha norma no ha sufrido modificación alguna, y su interpretación sobre el amparo de los crímenes de torturas, desapariciones forzadas y demás violaciones de derechos que recoge la querrela argentina, han sido consecuencia de la interpretación jurisprudencial de los tribunales cuando las víctimas y sus familiares han tratado de acceder a los mismos. A este respecto, el Grupo Parlamentario de Izquierda Plural (IU, ICV-EUiA, CHA) presentó una proposición de Ley para la modificación de la misma, el 16 de marzo de 2012, señalando que la Ley de Amnistía había sido elaborada para quienes habían luchado contra el régimen dictatorial y, consecuentemente, "no puede admitirse la interpretación de que la Ley 46/1977 tenía la finalidad de evitar la aplicación de las normas básicas del derecho internacional en todo lo referente a los denominados delitos de lesa humanidad, aun cuando alguien hubiera pretendido tal finalidad, la Ley de Amnistía no puede ser considerada válida y suficiente a esos efectos, por aplicación de los más elementales

²⁸ STC de 25 de noviembre de 1986.



principios de justicia universal, reiteradamente aplicados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Fue rechazada ese mismo año.

En la misma línea, el grupo Unidos Podemos, ERC, PNV, PDeCAT, Compromís, Bildu y Nueva Canarias presentaron una iniciativa legislativa para la modificación de esta ley por la cual se añadía un nuevo párrafo a su articulado: "Las disposiciones contenidas en esta Ley no impedirán que los juzgados y tribunales investiguen, enjuicien e impongan las penas correspondientes a las personas responsables de haber cometido delito de genocidio, lesa humanidad, delitos de guerra y otras graves violaciones de derechos humanos". Fue rechazada en votación en el Congreso de los Diputados el 20 de marzo de 2018.

4.2- Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían los derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura

Tanto la tramitación parlamentaria como el propio título de la ley en cuestión, popularmente conocida como Ley de Memoria Histórica, no estuvieron exentos de polémica.

Si bien cabe destacar todo el movimiento memorialista ciudadano que había detrás de este texto legal y sin ánimo de restarle importancia, fue recibida desde ciertos sectores como una ley con un bajo grado de exigencia de justicia y que burocratizaba las pretensiones de las víctimas en meras peticiones administrativas, no obstante cabe destacar que constituye un hito en tanto pone fin a la equidistancia ya mencionada sobre el discurso entre las partes, contemplando por objeto la represión sufrida por "personas que durante los decenios anteriores a la Constitución, sufrieron las consecuencias de la guerra civil y el régimen dictatorial que la

sucedió”²⁹, tal y como recoge el Acuerdo de 10 de octubre de 2007 entre el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario IU- ICV, lo cual no implica negar la existencia de violencia por parte de ambos lados implicados en la contienda bélica, tal y como se ha pretendido argumentar por parte de quienes, de forma perversa según Greppi (2008), tratan de diluir la condena de la violencia franquista en un pretendido reparto de culpas indiscriminado, pues tal y como se reconoce en la Ley, la asimetría en los hechos conduce necesariamente a una asimetría de reconocimiento legal, pues “la violencia producida en uno y otro lado no es igual, no es equivalente y, por consiguiente, y consecuentemente ambas formas de violencia no pueden ser medidas por el mismo rasero”, la violencia sostenida durante la contienda bélica que le es propia no puede justificar ni atenuar, bajo ningún precepto, los crímenes de postguerra, la represión y el exterminio sistematizado de aquellos marcados ideológicamente como afines al bando defensor del orden constitucional vigente en 1936. Ante el argumento de que esta ley trata de instrumentalizar una suerte de memoria politizada en la colectividad, cabe destacar la conclusión a la cual se llega tras un sucinto análisis del texto legal: Dado un hecho objetivo del cual no cabe duda, esto es la violencia sistemática sufrida por los represaliados del franquismo,

²⁹ Algunas leyes de carácter autonómico incluso van más allá, es el caso de la Ley de Memoria Democrática del Principado de Asturias (1/2019, de 1 de marzo) en cuyo preámbulo incluso alude a “recuperar del olvido a quienes defendieron la democracia y sus valores frente a la rebelión fascista” como “imperativo ético y moral”.



se legislan una serie de derechos otorgados para estos sujetos.

Como se ha dicho, tampoco estuvo libre de polémica relativa a aquellos sectores que consideraban la ley como poco contundente (incluso fue criticada una cierta línea de continuidad del discurso de la transición en tanto subraya la idea de barbarie o guerra alejada de la identificación de un proceso de eliminación sistemática de una parte de la población y, por tanto, un crimen de lesa humanidad), no obstante, entre las medidas que contempló cabe destacar que el reconocimiento de las situaciones que ampara es de difícil delimitación, probablemente incluso adolezca de excesiva intangibilidad, y se deja su aplicación muy abierta a la interpretación de los tribunales. Por su parte, se encarga de aclarar (art. 4.5) que al amparo de la ley en cuestión no será posible la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración, no obstante, importantísimo relativo a la reparación del daño (art 4.1), dice que ello no agota la exigencia de responsabilidades y por tanto es "compatible con las acciones que hubiera lugar ante los tribunales de justicia"³⁰.

No obstante, relativo a la Ley de Amnistía de 1977 se guarda silencio. Los Tribunales españoles han venido rechazando las diferentes querellas que han sido impuestas por víctimas y familiares amparándose tanto en dicha ley como en la institución de la prescripción de sus delitos, fue el caso del ex inspector Antonio González Pacheco, alias Billy el Niño, que llegó a sumar hasta doce querellas por torturas interpuestas en nuestros tribunales, las cuales fueron sistemáticamente inadmitidas a trámite salvo la interpuesta por Miguel

³⁰ En el mismo sentido se pronuncia su Disposición adicional segunda, que alude el ejercicio y acceso a procedimientos judiciales tanto ordinarios como extraordinarios, que establezcan las leyes, tratados y convenios internacionales suscritos por España.

Ángel Gómez, quien también refiere en la misma a otros cuatro policías de la misma Brigada Político- Social, ante el Juzgado de Instrucción nº 49 de Madrid, que mediante auto fechado el 7 de marzo de 2019 declaró la admisión a trámite y la incoación de diligencias previas por un presunto delito de lesa humanidad.

Por otro lado, la Ley de Memoria Histórica hace un llamamiento a mantener y desarrollar el Archivo General de la Guerra Civil Española creado por Real Decreto 426/1999, de 12 de marzo (art 20.3) así como enumera sus funciones, pero de una forma muy insuficiente según el relator Pablo de Greiff (2014), quien lo considera incapaz para la creación de una política general de verdad.

En lo relativo a la búsqueda de las víctimas y exhumación de las fosas, la Ley alude a la elaboración de un protocolo para la colaboración con las diferentes Administraciones así como los respectivos convenios para subvencionar a las entidades que se impliquen en los trabajos³¹, algo que, teniendo en cuenta que durante los últimos ocho años la dotación económica de los Presupuestos Generales del Estado para esta Ley ha sido de cero euros³², se convierte en una suerte de papel mojado, más aun cuando el propio Tribunal Supremo

³¹ El Tribunal Supremo se ha encargado de remarcar a este respecto que únicamente corresponde a las asociaciones memorialistas el acceso a dichos fondos y siempre que medie convenio, STS 820/2019 de 13 de marzo, a raíz del caso Mendieta.

³² Para el ejercicio de 2019 había sido recogida una partida de 15 millones de euros, pero los Presupuestos Generales del Estado fueron rechazados por el Congreso el 15 de febrero de 2019.



destaca que no existe precepto alguno de la Ley de Memoria Histórica por el cual se obligue al Gobierno a dotarla económicamente³³, que descarga sobre los familiares y el voluntariado que conforma el movimiento memorialista toda la carga económica de unos procesos de prospección, exhumación e identificación por ADN que resultan altamente costosos. También es importante reseñar que la ley en vigor hace un llamamiento a la colaboración con las otras Administraciones, pero no va más allá de eso, quedando en la práctica en manos de la voluntad política del encargado de la circunscripción territorial correspondiente. En este sentido, la Ley 52/2007 podría entenderse más bien como una ley marco, que adolecería de un necesario desarrollo por parte de niveles territoriales inferiores, en este sentido, se han ido aprobando diferentes leyes como cuerpo normativo de desarrollo a nivel autonómico tomando en consideración el mandato en cuestión, la más reciente en Asturias³⁴, que enuncia, de una forma contundente y alineada con los pronunciamientos de los organismos internacionales en materia de Derechos Humanos, el derecho a conocer la historia de lucha del pueblo asturiano por sus derechos y libertades, derecho a investigar los hechos de violencia o persecución padecidos por los asturianos durante el periodo objeto de estudio, y el derecho a la reparación plena, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de la violación y al daño sufrido, previéndose medidas tanto individuales como colectivas (art 2). Siguiendo esta contundencia, enuncia el derecho de los ciudadanos a localizar a las personas desaparecidas "para reconocer su dignidad y hacer efectivos los derechos de sus familiares y la

³³ STS 820/2019, de 13 de marzo, a raíz del caso Mendieta. Se relega el cumplimiento efectivo del articulado de esta ley a una mera cuestión de voluntad política.

³⁴ Ley del Principado de Asturias 1/2019, de 1 de marzo, para la recuperación de la memoria democrática en el Principado de Asturias.

sociedad en general a obtener información sobre su destino y a recuperar e identificar sus restos” (art 7), y para su efectividad procede a la creación de un censo de víctimas y desaparecidos de carácter público (art 9) así como un banco de ADN igualmente público (art 15), con el mandato de localizar las fosas e identificar a las víctimas (art 11.1) e incluso corriendo con los gastos de traslado, sepelio e inhumación y/o incineración de las personas que hubieran sido asesinadas y que hubieran sido localizadas fruto de las investigaciones realizadas (art 11.3) así como con los gastos derivados de las actuaciones para la investigación y localización de las personas inscritas en el censo de víctimas y de personas desaparecidas (art 10), procediendo siempre atendiendo a “las normas internacionales de derechos humanos y de crímenes de guerra, en función del tipo de delitos que pudieran haberse cometido” (art 13.1).

Otro punto importante de la Ley 52/2007 es lo concerniente al acceso a los fondos de los archivos públicos y privados (art 22), que si bien el texto sostiene garantizar, se trataría nuevamente de un brindis al sol sin verdadera fuerza efectiva, pues gran parte de los mismos se encuentran en instituciones militares o eclesiásticas y, como ya se ha dicho, suelen producirse impedimentos para su acceso. A este respecto, remitirse a lo desarrollado en el punto anterior relativo a la recomendación del relator especial Fabián Salvioli de crear un Registro Público de Carácter Estatal, así como de la consideración delictiva del entorpecimiento del proceso de investigación u ocultación de información relativa a crímenes de desapariciones forzadas.

Por último, referir brevemente lo relativo a la simbología de carácter franquista (“escudos, insignias, placas y



otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura” enuncia su art 15.1), cuya retirada se prevé. El articulado contempla de modo especial el llamado valle de los caídos, adjudicándole las normas propias de los lugares de culto y proscribiendo actuaciones de exaltación de la dictadura, la guerra civil o sus protagonistas (art 16), a lo cual es de reciente adicción un tercer punto que literalmente dice “En el Valle de los Caídos sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda”³⁵. Ello significaba que los restos mortales del dictador no tenían cabida en el recinto del valle, por lo que al mismo tiempo se añadió como disposición adicional sexta bis el procedimiento para el cumplimiento de esta pretensión, decretándose así la exhumación y traslado de los mismos a otro lugar por motivos “de urgente y excepcional interés público, así como de utilidad pública e interés social”. Siguiendo el mandato legal³⁶, el Consejo de Ministros de 31 de agosto de 2018 acuerda iniciar el procedimiento descrito por el Real decreto- ley, el 15 de febrero acordó conceder a la familia un plazo de quince días para la decisión de la ubicación para la reinhumación y, ante la oposición de ésta, el Consejo de Ministros acordó el 15 de marzo de 2019 destinar los restos mortales al Panteón de El Pardo³⁷.

³⁵ Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto (BOE-A-2018-11836).

³⁶ Sin ánimo de exhaustividad procedimental.

³⁷ Procedimiento sometido a impugnación judicial ante el Tribunal Supremo, oposición eclesiástica y condicionado a los acontecimientos políticos de las elecciones del 28 de abril de ese mismo año. Finalmente, tras un período de suspensión como medida cautelar, el 24 de octubre de 2019 se produjo dicha exhumación.

Puede concluirse que esta Ley ha resultado un tanto ineficaz en cuanto no ha establecido los mecanismos necesarios para la efectiva articulación de las tareas de reparación de las víctimas, algo que en cierto modo fue tratado de suplir por el Grupo Parlamentario Socialista con su proposición de Ley para la reforma de ésta (122/000157) fechada el 14 de diciembre de 2017, contando entre sus medidas más destacadas con la creación de un Banco nacional de ADN, Comisión de la Verdad³⁸, judicialización de la búsqueda de los desaparecidos regida por el principio de reparación, el desarrollo de un régimen sancionador para los casos de incumplimiento de la propia ley, declaración de nulidad de las condenas o sanciones por motivos políticos o ideológicos durante la guerra civil y la dictadura, y como garantías de no repetición la educación, incluyendo la memoria democrática en todos los niveles educativos así como la lucha por los valores y libertades

³⁸ El Banco nacional de ADN y la Comisión de la Verdad se encuentran, entre otras medidas, en el listado que el Congreso instaba al Gobierno a aplicar urgentemente que fue presentado mediante Proposición no de Ley del Grupo parlamentario Socialista (nº 162/000327) y aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 11 de mayo de 2017. A fecha de hoy aún no se ha dado trámite a las mismas, tan solo cuatro comunidades autónomas tienen banco de ADN (Navarra, Andalucía, País Vasco y Cataluña, de creación propia a través de sus respectivas leyes autonómicas) y una quinta en abril (Asturias) tras la reciente aprobación de su Ley de Memoria democrática que lo contempla.



democráticas³⁹. Fue vetada por el Gobierno, el 1 de marzo de 2018 argumentando motivos económicos, algo que no se ha tratado de abordar de ninguna forma pues, por ejemplo, Chipre cuenta con ayudas e implicación de la Unión Europea para la búsqueda de desaparecidos durante la ocupación turca y desde el Gobierno de España jamás se ha intentado siquiera solicitar nada semejante.

4.3- Impacto jurisprudencial

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que cualquier persona que haya visto vulnerados sus Derechos Fundamentales, puede ejercitar su derecho de acceso a la Justicia (art. 8). Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos asegura la garantía del derecho a interponer un recurso efectivo para las personas que hayan sido víctimas de una violación en sus derechos o libertades aunque esa violación haya provenido de sujetos que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (art. 2.3) y, seguidamente, dispone el derecho de todas las personas a ser oídas públicamente ante un tribunal (art. 10).

Igualmente, nuestra propia Constitución significa como derecho fundamental el de la tutela judicial efectiva.

En base a ello, la primera querrela motivada por los crímenes del franquismo en España fue presentada por asociaciones memorialistas motivada por unos presuntos delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón de paradero en el contexto de crímenes de lesa humanidad. Mediante auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional su juez titular, Baltasar Garzón, se declaró competente para la tramitación. En el desarrollo del mismo se subraya que las autoridades y responsables de

³⁹ Avalada por juristas de renombre, tales como el exjuez Baltasar Garzón, el exfiscal José Antonio Martín Pallín y el abogado memorialista Eduardo Ranz.

las desapariciones no facilitan o dan claves para encontrar el lugar donde se ubican los cuerpos de tal forma que una investigación judicial al respecto podría conseguir poner fin a la comisión de este delito permanente (en base a la persistencia del sufrimiento de las víctimas)⁴⁰, señalando al mismo tiempo la posible comisión de delitos contra la humanidad, los cuales ni prescriben ni son amnistiables, y destaca que existió un plan sistemático de exterminio de los defensores de la legalidad previa al golpe de Estado, tanto durante la guerra civil como en las décadas posteriores. Ello será rebatido por la Fiscalía en su recurso de apelación y esos argumentos tomados por el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del 2 de diciembre de 2008, llegándose así al fin del proceso judicial nacional, declarándose la Audiencia Nacional incompetente para llevar a cabo la investigación y dejando sin efecto el auto afirmativo de octubre.

Pero el pronunciamiento judicial más relevante al respecto proviene del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de febrero de 2012, al hilo del procedimiento donde se enjuiciaba al ya mencionado juez Garzón por un presunto delito de prevaricación⁴¹ a instancia del pseudosindicato Manos Limpias⁴² donde, además de

⁴⁰ El art. 132.1 CP sostiene que el plazo de prescripción para los delitos permanentes se computan desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

⁴¹ Artículo 446 del Código Penal.

⁴² Se le acusaba de abusar de su autoridad al haber abierto una investigación preliminar sobre los hechos y circunstancias que yacían tras un número de desapariciones forzadas durante el franquismo



fallar la absolución del juez, desarrolla la imposibilidad de investigar los crímenes del franquismo en base a una prescripción de los mismos (no los considera como delitos permanentes, de hecho califica esto como una "ficción inaceptable"), la extinción de la responsabilidad criminal basada en la Ley de Amnistía, y aludiendo una imposibilidad de aplicación de las normas relativas a crímenes de lesa humanidad porque en el momento de comisión el delito de detención ilegal con paradero desconocido no estaba presente en el Código Penal ni se conocía en España. De este modo, los procedimientos instados por las víctimas concluyen con su archivo y desestimación, lo que supone una imposibilidad de acceso a la justicia para las mismas.

Sorprendentemente, en los últimos meses varios juzgados han admitido a trámite la querrela del Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid por crímenes del franquismo contra vecinos de la localidad⁴³; otra querrela contra el tristemente famoso Antonio González Pacheco y otros cuatro compañeros suyos por torturas⁴⁴; y, otra más, contra varios policías de la Brigada Político y Social en Valencia⁴⁵. Esta estrategia de interponer querellas ante los juzgados españoles fue iniciada años atrás por el abogado Carlos Slepoy, que también consiguió justicia para las víctimas de las dictaduras argentina, chilena y guatemalteca, y hasta ahora conducía a un punto muerto, en los próximos meses se podrá comprobar si esta tendencia persiste o remite tomando los tribunales españoles una posición más

⁴³ Juzgado de Instrucción nº 35 de Madrid, auto de 23 de enero de 2019.

⁴⁴ Juzgado de Instrucción nº 49 de Madrid, auto de 2 de marzo de 2019. Contra todo pronóstico, pues siempre suele producirse el archivo tal y como se ha señalado (por ejemplo, auto de 12 de febrero de 2018 del Juzgado de Instrucción nº 39 de Madrid).

⁴⁵ Juzgado de Instrucción nº 1 de Valencia, auto de 28 de diciembre de 2018.

acorde a las recomendaciones que, como se desarrollará en el siguiente apartado, ha venido recibiendo.

5. Pronunciamientos Internacionales. Especial referencia al papel de la ONU

Cuando la Constitución señala que sus disposiciones se interpretarán acorde a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias que sean ratificados por España (art 10.2 CE), no solamente está refiriendo la letra exacta de dichos instrumentos internacionales sino también, según sostiene el relato especial Salvioli, debe atenderse a lo que dicen los órganos internacionales que crearon esos instrumentos. Por ejemplo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no podría interpretarse conforme a la Constitución si no se tiene en cuenta lo que dice el Comité de Derechos Humanos que es el órgano creado por ese pacto:

En 2002 las víctimas del franquismo contactan con el Grupo de Desapariciones Forzadas de la ONU al amparo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1992), y unos meses después se remite la denuncia de sesenta y cinco casos ante el Alto Comisionado de Derechos Humanos. Desde entonces, la respuesta del Gobierno Español a los diferentes organismos de la ONU que han interpelado al respecto ha sido básicamente la misma, remitir a la Ley de Amnistía.

En 2004, el Equipo Nizkor, organismo internacional especializado en derechos humanos, emitió el primer informe que vincula los crímenes del franquismo con las dinámicas globales de los derechos humanos. Al margen de la carga simbólica de éste, lo realmente reseñable son



los diferentes informes que ha venido emitiendo Naciones Unidas desde 2008, el primero proviene del Comité de Derechos Humanos⁴⁶ instando al Gobierno a derogar la Ley de Amnistía, adoptar medidas destinadas a garantizar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y crear una comisión de expertos destinada a restablecer la verdad histórica del período de la dictadura. En la misma línea se pronuncia el Comité contra la tortura en 2009, y seguidamente el Consejo de Derechos Humanos en 2010 insistiéndole a España en la investigación de los crímenes de desapariciones forzadas e incidir en su reparación. Pese a ello, en los años siguientes el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI) ha ido manifestando la insuficiencia de la colaboración española al respecto, hasta que en 2014 emite un informe recomendando la creación de una base de datos central en cuestiones relativas a las desapariciones forzadas entre otras cuarenta medidas necesarias al respecto, además de mencionar específicamente la querrela argentina para instar al Estado español a cooperar con la jurisdicción universal y, de forma vital, exhorta al Estado español a superar los obstáculos que implica la Ley de Amnistía y asegurar “que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal” con el fundamento jurídico del derecho a la verdad, y destacando que si bien la tipificación española en materia de desapariciones forzadas es insuficiente al no recoger su Código Penal (1995) un delito autónomo de desaparición forzada, aunque de forma genérica su art. 607 bis I tipifique los crímenes de lesa humanidad cuando tienen lugar en un contexto de ataque generalizado contra la población civil, tal y como viene definido por el Estatuto de Roma

⁴⁶ 30 de octubre de 2008.

de la Corte Penal Internacional pero, sobre todo, recoge el rechazo al pronunciamiento del Tribunal Supremo que entiende contrario a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a las obligaciones internacionales de España, y resalta la obligación absoluta para el Estado de tomar las medidas necesarias para encontrar a la persona.

Ese mismo año 2014 se publica otro informe de notable importancia por parte del Relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición Pablo de Greiff en el marco de un procedimiento especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, esto es, mandatos para presentar informes y asesorar sobre derechos humanos que ejecutan expertos independientes en la materia desde una perspectiva temática o en relación a un país, señala que “no habría impedimentos en el sistema judicial español para revisar o anular las disposiciones de la Ley 46/1977 que fueran incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado. El Tribunal Constitucional sería la institución idónea para debatir y pronunciarse sobre la interpretación de la Ley 46/1977, a la luz de las normas y obligaciones internacionales de derechos humanos”, aunque también destaca con sorpresa las actuaciones de la Audiencia Nacional y del Fiscal General aparentemente dirigidas a que dicho órgano pueda debatir y pronunciarse sobre la aplicación e interpretación de la Ley de Amnistía, los principios de legalidad, prescripción de delitos graves tales como los de lesa humanidad a la luz de las normas y obligaciones internacionales en la materia. Como primera recomendación apunta hacia la inclusión de las víctimas



del franquismo en programas de reparación como víctimas de violación de derechos humanos, y apela al Estado central para tomar la iniciativa en diferentes medidas de memoria, tales como relativo al centro documental y al archivo general, puesto que la legislación española ha delegado el peso de la ejecución de la memoria histórica en las diferentes comunidades autónomas, algo que podría interpretarse como una muestra de desidia al respecto y que impacta en las víctimas provocando un trato desigual, puesto que la colaboración e implicación autonómica varían en función al corte ideológico del partido de gobierno. A su vez alude al concepto "privatización de la exhumación" relativo a estas omisiones del Estado español referentes a la búsqueda y localización de los desaparecidos, cargando en los familiares y voluntarios tanto las tareas de documentación e investigación como los costes económicos y la propia ejecución de la exhumación, desplazamientos de los restos, pruebas genéticas y posterior inhumación, situándose legalmente al Estado en una posición de mero cooperador sin ningún tipo de obligación de establecimiento de medidas concretas, algo que el relator llama a su corrección, pues entiende que al haber sido causado el daño por parte del Estado debe ser éste quien efectúe su reparación de buena fe. Se estaría hablando de la elaboración de un plan nacional efectivo, protocolos, un banco de ADN... un conjunto de medidas articuladas con el fin de dotar de efectividad la llamada Ley de Memoria Histórica. Por su parte, España no escuchó las recomendaciones de este organismo internacional, siendo cuestionado por aplicar una ley que ampara a los verdugos e impide el acceso a la justicia de las víctimas o sus descendientes. El actual relator especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Fabián Salvioli, ha tenido la ocasión de pronunciarse en varias ocasiones respecto al caso español y su posición no varía respecto a la de su predecesor: la falta de

voluntad política por parte de España ralentiza la justicia universal, rechaza el sentido del concepto reconciliación que se ha venido empleando, y aboga por la exhumación de las fosas, tal y como adelantó que recogería en su próximo informe⁴⁷.

6. La querrela argentina

El 14 de abril de 2010 se presentó en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nº 1 de Buenos Aires la querrela 4591/2010 “por genocidio y/o crímenes de lesa humanidad cometidos en España por la dictadura franquista entre el 17 de julio de 1936, comienzo del golpe cívico militar, y el 15 de junio de 1977, fecha de celebración de las primeras elecciones democráticas”, conocida popularmente como “la querrela argentina”, de cuya instrucción se encarga la jueza María Servini de Cubría, y cuyos impulsores, bajo el amparo de reputados abogados de derechos humanos como era Carlos Slepoy y Ana Messuti, son torturados o familiares de asesinados y desaparecidos durante la dictadura y varias asociaciones⁴⁸, tanto argentinas como españolas,

⁴⁷ Intervención del relator especial Fabián Salvioli en el Congreso Internacional 70 Años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, celebrado en la Universitat de València entre el 10 y el 12 de diciembre de 2018.

⁴⁸ Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica, Servicio de Paz y Justicia, Abuelas de Plaza de Mayo, Comité de Acción Jurídica, Comisión Provincial por la Memoria, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Centro de Estudios Sociales y Legales (CELS), Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos, Federación de Asociaciones Gallegas de la República Argentina, Instituto de Estudios



ejemplificándose en dos casos individuales, Darío Rivas (recientemente fallecido) e Inés García, como punto de partida pero que han ido aumentando en los últimos años hasta superar a día de hoy las 400 denuncias.

Nace así un proceso que, si bien se ha encontrado con numerosos impedimentos, tiene una sustancialidad propia que debe destacarse, se trata de una herramienta eficaz, al amparo de la justicia universal, de lucha contra la impunidad mantenida en España en relación a la falta de investigación de los crímenes contra la humanidad ocurridos durante el franquismo⁴⁹: por primera vez las víctimas de los graves acontecimientos descritos fueron escuchadas por un juez, algo que no había ocurrido hasta el momento ya que dentro del propio país no se habían articulado las medidas necesarias para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de nuestra Constitución de estas víctimas.

La tramitación de la querrela argentina se ha encontrado con todo tipo de vicisitudes, actualmente hay más de veinte imputados sobre los cuales se han cursado órdenes internacionales de detención que no fueron ejecutadas y peticiones de extradición que fueron denegadas tanto por la Audiencia Nacional⁵⁰ como a

Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y Liga por los Derechos del Hombre. Con el acompañamiento simbólico del premio nobel de la paz Adolfo Pérez Esquivel.

⁴⁹ No debe olvidarse que el objeto de la justicia universal es precisamente impedir la impunidad de quienes han cometido crímenes que la conciencia universal y el derecho internacional han decidido elevar a una categoría imprescriptible, inamnistiable, inindultable y sujeto a persecución judicial en todo momento y lugar a causa de su especial crudeza.

⁵⁰ Por ejemplo, se solicitó la extradición a Argentina del ex inspector Antonio González Pacheco, alias Billy el Niño, por los delitos de torturas que estaba siendo procesado y el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid, en su Auto 20/2013 de 5 de diciembre, lo denegó. Falleció en mayo de 2020 manteniendo sus condecoraciones y sin haber llegado a ser juzgado.

través del Consejo de Ministros. Cabe destacar la decisión de este órgano colegiado del Gobierno del día 13 de marzo de 2015 por la cual deniegan la extradición de una veintena de cargos franquistas que habían sido reclamados por la jueza Servini basándose en que la Ley otorga a España competencia para juzgar a sus propios ciudadanos, la prescripción de los hechos investigados y que algunas de las infracciones penales que se les atribuyen no eran constitutivas de delito en el momento de su supuesta comisión. A este respecto, el propio relator Fabián Salvioli recalcó que en crímenes contra la humanidad existe la obligación de juzgar o extraditar para que juzguen como pronunció la propia doctrina española con otros casos de genocidio e instó al Gobierno a modificar su pronunciamiento por considerarlo “inmoral y jurídicamente insostenible”. Tal obstaculización se hace especialmente notable en fecha 30 de septiembre de 2016, pues en el marco de unas comisiones rogatorias impulsadas desde Argentina para tomar declaración a los imputados mediante videoconferencia, la Fiscalía General del Estado emitió un escrito ordenando a las fiscalías provinciales oponerse a este trámite⁵¹ considerando el proceso seguido en Argentina como “inviabile y ajeno, por tanto, al interés de la Justicia” tras, entre otros pronunciamientos, considerar los delitos enjuiciados como prescritos pues fueron considerados imprescriptibles en España a partir del año 2004 y apela

⁵¹ Pedro Águeda y José Precado: “La Fiscalía advierte a la jueza Servini de que no puede cuestionar la transición española” publicado en Eldiario.es el 6/10/2016, véase en https://www.eldiario.es/politica/Fiscalia-advierte-Servini-cuestionar-transicion_0_566594316.html .



a la irretroactividad de las normas penales, aun cuando se trate de preceptos como estos contenidos en tratados internacionales firmados por España, contraviniendo así las recomendaciones del relator Pablo de Greiff y otros pronunciamientos de órganos adscritos al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (tales como el Comité contra la tortura o el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias), así como el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina (vigente desde 1990) y, por supuesto, los tratados y convenios internacionales varios que conforman el cuerpo de los Derechos Humanos, incurriendo en lo que sería una grave ilicitud internacional.

Recientemente, por resaltar alguno de los obstáculos que ha ido sorteando este proceso, se instaron sendas comisiones rogatorias para interrogar al ministro de la dictadura Martín Villa y para que el Ministerio del Interior remitiese a Argentina una copia de la nota informativa "Antecedentes del poeta Federico García Lorca" junto a toda la documentación relativa a su detención y asesinato, ambas fueron igualmente rechazadas como ha venido siendo tónica en el desarrollo del procedimiento, mediante dos autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5 fechados el 26 de octubre de 2018 sosteniendo tanto la prescripción de los posibles delitos que hubiese cometido Martín Villa como la imposibilidad de juzgar delitos de lesa humanidad en el caso de García Lorca por haberse cometido antes de octubre 2004 (fecha en que entró en vigor la Ley nacional que regula los mismos), además considera la propia petición de auxilio judicial como contraria a la Ley de Amnistía. En esta línea, el propio implicado (Martín Villa) ha manifestado su deseo de declarar asegurando que no ha cometido ningún delito y finalmente fue citado por la jueza instructora en Buenos Aires el 9 de septiembre de 2019 y, tras varias aplazamientos, declaró el 3 de septiembre de 2020. Ha sido la declaración de más alto

rango que un dirigente franquista haya realizado ante la Justicia por crímenes derivados de la transición. No obstante, queda este apartado, al igual que la propia *querrela argentina*, abierto y necesitado de desarrollos más extensos en los próximos meses, lo que sí es posible afirmar es que este procedimiento judicial ha generado un espacio de consolidación, reconocimiento y visibilización internacional de las víctimas del franquismo sin precedentes, debido entre otras cosas a la internacionalización de la lucha, la homologación de y con otras víctimas, o el desplazamiento discursivo hacia el uso de un marco interpretativo asociado a los derechos humanos en el espacio público (Gatti, 2016).

6.1- Efectividad palpable: El caso Mendieta

Timoteo Mendieta Alcalá fue fusilado en 1939 por su pertenencia al sindicato UGT tras haber pasado por la cárcel franquista y por un proceso sumario militar acorde a la legalidad impuesta en el momento y, dado que la legalidad franquista no ha sido cuestionada, se le refiere como víctima pero a efectos legales tiene la consideración de criminal mientras que los verdugos de la época se beneficiaron del estado e incluso recibieron medallas del mismo. No era un desaparecido forzado en términos clásicos (aunque en opinión de la abogada Ana Messuti, la cual comparto, sí puede calificársele como tal), existía un expediente, una orden de detención, una sentencia condenatoria, una orden de ejecución y un acta de defunción, pero su lugar de enterramiento sí se encontraba plenamente desaparecido, aunque se suponía en una fosa común del cementerio de Guadalajara cercana al muro que hacía de paredón de fusilamiento, junto a otras veintiuna personas, pero sus



familiares, especialmente su hija Ascensión Mendieta, querían individualizar su sepultura, recuperar sus restos y darle una despedida digna. Por ello, Ascensión se sumó a la querrela argentina e incluso viajó a Buenos Aires para prestar declaración ante la jueza instructora. Precisamente en ese marco la jueza Servini dicta un exhorto para que los juzgados españoles abran la fosa en cuestión, desbloqueando así los impedimentos administrativos que había venido planteando la corporación municipal responsable. El juzgado de lo penal español competente actuó acorde, no en base a la existencia de un delito de necesaria investigación, sino porque las fosas comunes exigen de un protocolo determinado de apertura y traslado de los restos por motivos de salud pública. La identificación de los restos fue asumida por una entidad privada (ARMH) y, finalmente, Ascensión Mendieta pudo enterrar a su padre en el cementerio civil de Madrid, tal y como deseaba, el 2 de julio de 2013⁵².

Este hecho no solo significó cumplir con los deseos de una de las muchas familias víctimas, sino que constituyó el primer gran fruto palpable de la querrela argentina, la primera exhumación realizada por orden judicial y que ha servido para marcar el camino, puesto que tras ella la jueza argentina ha remitido a España otras treinta comisiones rogatorias de las cuales dos son exhumaciones, además de dejar constancia en una resolución judicial que Timoteo Mendieta fue asesinado, un caso individual que sirve para crear un contexto general para los demás crímenes ocurridos durante la dictadura, enmarcándolo a su vez dentro de los crímenes contra la humanidad que, como se ha venido reiterando, ni prescriben ni pueden ser objeto de amnistía.

⁵² BRAVO, Francisca (2017): "La familia Mendieta entierra por fin a Timoteo, sindicalista fusilado hace 78 años". Eldiario.es, véase en https://www.eldiario.es/clm/Mendieta-entierra-Timoteo-sindicalista-fusilado_0_660734173.html .

7. Derecho ciudadano a la memoria histórica

El derecho a la memoria histórica tiene una concepción dual que se retroalimenta. De modo individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano como una especificación del derecho al honor que nuestro Tribunal Constitucional ya ha sentenciado en alguna ocasión relativo a la memoria del Holocausto⁵³, así como un derecho a la propia biografía y al recuerdo, ello confluye en el reconocimiento a la dignidad y a la propia personalidad que, necesariamente, aparece definido de manera relacional entre el sujeto titular y la colectividad social (Martín Pallín, 2008), y es en ese contexto donde toma un papel protagonista el movimiento social memorialista.

El movimiento español en defensa de la memoria histórica no ha sido un bloque monolítico, ha evolucionado en el tiempo y, con él, sus pretensiones y proyección. A fin de sistematizarlo, cabe destacar la periodización hecha por Morgade y González (2017) que estructura de una forma muy coherente y lineal la evolución de este movimiento social:

- Primera etapa durante la transición. La Ley de Amnistía como instrumento jurídico y el discurso del olvido en la base de la nueva democracia como elemento sociológico, configuraron un paradigma donde la verdad, la justicia y la reparación no tienen cabida en el relato oficial, haciendo desaparecer estos conceptos del imaginario colectivo como un supuesto sacrificio

⁵³ Significativamente, Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre (asunto Violeta Friedman contra León Degrelle).



necesario para la reconciliación⁵⁴, renegando al mismo tiempo de la herencia democrática de la II República. De este modo, la transición se llevó a cabo dejando en la cuneta la responsabilidad que tiene cualquier democracia con las víctimas de una dictadura (Silva y Macías, 2003).

El temor y la represión continuaban muy presentes y, en esta fase, el movimiento memorialista ciudadano no existe, no obstante cabe destacar la creación del Tribunal Cívico Internacional contra los crímenes franquistas en 1978 a instancia de un grupo de militantes del PCE integrado por jueces, abogados, artistas e incluso políticos de la Segunda República, y buscando asentar las bases de cara a un programa político que incluyese la investigación y condena moral de las infracciones ocurridas durante el franquismo que incluso captó interés nacional, en tanto varios parlamentarios suizos se adhirieron e incluso miembros de la ONU mostraron interés, pero la presión policial y política a la que fueron sometidos sus miembros terminó viéndose relegado a un mero grupo promotor de homenajes a las víctimas (Campelo, 2013), pero, con los obstáculos del momento histórico, puede conectarse como antecedente del momento memorialista, cuyas reivindicaciones estuvieron siempre latentes pero por los motivos obvios no siempre se dieron las circunstancias propicias para su manifestación en la esfera pública.

⁵⁴ El olvido fue tal que nos resulta más sencillo imaginar una Londres bombardeada durante la Segunda Guerra Mundial que la Madrid bombardeada durante la Guerra Civil, no existe una superproducción estilo "Salvar al soldado Ryan" ambientada en Guernica, a pesar de que éste fue el primer bombardeo militar indiscriminado sobre una población civil. La interpretación cinematográfica de la Guerra Civil es, en líneas generales, parte de la ideología social de la transición: una guerra entre hermanos que se reconcilian en la transición y, consecuentemente, la apertura de fosas resulta la apertura de heridas (Iglesias, 2012).

- Etapa de silencio tras el 23F. No hay mucho que añadir referente a este momento. Si bien el golpe de Estado no triunfaba, condicionaba aún más la naciente democracia, abriendo mayores espacios a la impunidad en el nuevo sistema (Iglesias, 2015). Durante las décadas de los ochenta y los noventa no existe un movimiento memorialista articulado, las víctimas del franquismo no entran en la agenda política. Es la victoria del pacto de silencio.

Durante esta etapa y la anterior, se puede apreciar un fuerte componente instrumentalizador del miedo a la dictadura como eje rector de la política institucional del momento.

- Ciclo de movilización ("recuperación de la memoria histórica"⁵⁵, 2000- 2006). El movimiento memorialista irrumpe en escena (una exhumación en Priaranza como elemento desencadenador⁵⁶, entre las víctimas se encontraba el abuelo de Emilio Silva, presidente de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica que fue fundada en el año 2000 a la par que, paradójicamente, casos similares ocurridos en Argentina o Chile iban a ser juzgados en España), recogiendo las peticiones de familiares en primera instancia, aunque no tardó en ampliarse a la ciudadanía en general, ante la injusticia y olvido en el que se encontraban las víctimas del franquismo.

⁵⁵ Concepto memoria histórica referido a la valoración y rescate de un pasado escondido antes de ser olvidado, que construye una historia colectiva sobre el propio pasado para ayudar a forjar una identidad colectiva (Escudero, 2014).

⁵⁶ La apertura de fosas abre una nueva etapa al respecto del pasado, antes incluso de que exista un nuevo discurso para relatarlo (Míguez, 2018).



En este periodo el movimiento va dibujándose mientras trata de incidir en el plano institucional, y focalizando sus pretensiones hasta el punto de cuestionar, sin siquiera ser conscientes, la propia transición española al discutir el marco de la Ley de Amnistía y la visión impuesta de igualdad entre los bandos. Está principalmente marcado por demandas de reparación, búsqueda de iniciativas institucionales que reconociesen y reparasen moral, jurídica y económicamente a las víctimas así como una solución definitiva para las fosas comunes (Gálvez, 2006).

En esta época se produce la primera condena al franquismo por parte del Congreso de los Diputados (2002), que aunque constituya un hito continua la línea argumentativa de la transición (Míguez, 2014), y el movimiento trata de dotar de un carácter europeo y cercano al antifascismo las actuaciones realizadas, por ello invita embajadores de Alemania o Italia a diferentes exhumaciones y logra captar la atención de medios internacionales de renombre como Le Monde.

Con el trascurso de los años, el movimiento va evolucionando en dirección a unas denuncias más contundentes, y en este contexto surge la ya desarrollada Ley de Memoria Histórica (2007), considerada insuficiente aunque muy bien acogida por la opinión pública y el espectro de la centro- izquierda, y el movimiento continúa su recorrido entre denuncias de impunidad y un número cada vez mayor de miembros, judicializando sus pretensiones.

- Desde 2010 hasta la actualidad. Periodo de internacionalización de la cultura de los derechos humanos y encuadramiento en el movimiento de la justicia global. Llegados a este punto, la corriente memorialista se ha convertido en un auténtico movimiento social contra la impunidad del franquismo con un alcance y unas reivindicaciones más amplios, siempre al amparo de la justicia universal y los derechos humanos.

Esta etapa está marcada por la inhabilitación del juez Garzón y por el consecuente salto al plano internacional con la querrela argentina al verse bloqueadas las oportunidades nacionales de prosperar sus pretensiones, se consolida así un movimiento contra la impunidad del franquismo del cual hay que destacar un mayor alcance y unas reivindicaciones más amplias, y así se llega a la actualidad.

El proyecto de crear una cultura política pro derechos humanos que pueda asegurar el futuro de la democracia aún no ha concluido, si bien la violencia política terminó hace décadas, las batallas por la memoria colectiva continúan siendo muy relevantes en pleno siglo XXI (Stern, 2013).

8. Conclusiones

Cautivo y desarmado el Ejército Rojo, un 1º de abril de 1939, la guerra había terminado pero la venganza no había hecho más que comenzar, el exterminio por motivos políticos (y quienes podían haberse visto influenciados por los anteriores: miembros de un sindicato, quienes no iban a misa, sospechosos de votar al Frente Popular, mujeres que habían obtenido el derecho al sufragio y mujeres que habían hecho lo mismo con el derecho al divorcio, tal y como relata el historiador Paul Preston⁵⁷) se prolongó hasta los últimos momentos de vida del régimen⁵⁸. En la línea que ya

⁵⁷ El holocausto español (Debate, 2017).

⁵⁸ Pese a que entre el 1 de abril de 1939 y 1942 se produjeran la mitad de las ejecuciones del franquismo ("matanza fundacional", concepto acuñado por el historiador Francisco Moreno Gómez), se prolongó durante toda la dictadura



habían venido anunciando los principales nombres del golpe⁵⁹, el propósito era aniquilar al enemigo vencido, aterrorizarlo y humillarlo, como los bárbaros cuando tomaron Roma.

Teniendo en cuenta que lo sucedido en España a partir del año 1936, durante la guerra civil y la posterior dictadura fue, tal y como lo definió el sindicato UGT en la demanda que presentó el 24 de octubre de 2008 ante el juzgado de instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional: un "plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas de personas", los hechos perpetrados en territorio español durante el periodo reseñado constituyeron, prosigue la demanda citada, "conductas que agreden en la forma más brutal a la persona como perteneciente al género humano en sus derechos más elementales como la vida, la integridad, la dignidad, y la libertad, que constituyen los pilares sobre los que se construye una sociedad civilizada y el propio Estado de Derecho, y supondrían la comisión de Crímenes contra la Humanidad".

(extendiéndose en lo que el citado historiador ha venido a conceptualizar como "multirrepresón": campos de concentración, robo de bebés, los conocidos paseos y señalamientos públicos, expolio patrimonial...), incluso cinco personas fueron ejecutadas en consejo de guerra sumarísimo como último acto de Franco antes de su muerte, el 27 de septiembre de 1975.

⁵⁹ "Es necesario propagar una atmósfera de terror. Tenemos que crear una impresión de dominación... cualquiera que sea abierta o secretamente defensor del Frente Popular debe ser fusilado" decía el General Mola; "Tenemos que matar, matar y matar (...) Las masas no son mejores que los animales y no se puede esperar que nos contagien del virus del bolchevismo. Después de todo, las ratas y los piojos son portadores de la peste. ¿Comprende ahora lo que queremos decir al hablar de regeneración de España? Nuestro programa es terminar con un tercio de la población masculina de España" en la misma línea Gonzalo de Aguilera.

Deducido el carácter de crimen contra la humanidad, entrarían en juego toda la serie de instrumentos de Derecho Internacional expuestos, especialmente a raíz de los informes de los relatores. A este respecto, recordar que nuestra norma fundamental dice literalmente lo siguiente: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España." (art 10.2 CE), esto quiere decir que se debe interpretar de acuerdo a la letra del Comité contra la tortura, Comité contra las desapariciones forzadas, Grupo de trabajo desapariciones forzadas y Relatoría de no repetición que le han dicho a España, puesto que si se debe la aplicación de tratados internacionales como el de la Tortura, ¿Cómo va a negarse la autoridad a aquellos instrumentos que ha creado el propio tratado en cuestión?; asimismo, "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional" (art 96.1 CE). Ya no se trataría siquiera de la imperativa aplicación de un derecho internacional, sino que nos encontramos ante un derecho interno aunque de procedencia internacional en tanto ha pasado a integrar nuestro ordenamiento jurídico mediante la ratificación del instrumento contenedor, que constituye una serie de deberes jurídicos, obligaciones. No se trata pues de acciones que



el Estado pueda tomar optando de manera selectiva por su aplicación. Es más, esos principios ya eran parte del *ius cogens* internacional al momento de acaecimiento de la guerra civil española, y las normas universales de derecho internacional incluso habían sido integradas en el ordenamiento español a través de la constitución republicana de 1931⁶⁰, tal y como argumentó Amnistía Internacional en su primer informe al respecto (2005), haciendo como poco endeble la argumentación utilizada por el Tribunal Supremo para negar la investigación de los crímenes del franquismo en su Sentencia 27 de febrero de 2012.

Como se ha podido comprobar a lo largo de esta exposición, no ha faltado Derecho sino que lo que ha faltado ha sido voluntad política, desconfigurando así un Estado democrático y social de derecho, además, de perdiendo toda su utilidad, puesto que el fin de toda política pública es garantizar a la persona unos derechos y un proyecto de vida, lo cual se ha incumplido. Ha sido la justicia universal quien se ha encargado de escuchar a las víctimas del franquismo, paradójicamente, frente a las constantes oposiciones e impedimentos por parte de la Administración española que había sido pionera en la misma así como en su perfeccionamiento, juzgando crímenes de lesa humanidad acontecidos en Argentina y en Chile.

Las causas judiciales, primero del juez Baltasar Garzón y ahora la llamada “querrela argentina”, al poner el acento en el “quién estuvo allí”, en los lugares de violencia, conmocionan el proyecto establecido en el franquismo primero y convalidado en la Transición al respecto de la impunidad y el olvido. Primero la impunidad, para conseguir en última instancia el olvido” (Míguez, 2018). La Ley de Amnistía es un ejemplo material del triunfo del negacionismo pues de su propio

⁶⁰ Artículo 7: El Estado español acatará las normas universales de Derecho Internacional, incorporándolas a su derecho positivo.

texto se desprende la equiparación de los actos cometidos por represores y reprimidos, última etapa y culmen del genocidio franquista puesto que, como todo genocidio, busca ocultar las pruebas del mismo y termina negando su propia existencia. Tal negacionismo se extendió por todo el discurso dominante de la transición, instrumentalizándose para igualar los actos de guerra con los de genocidio, crear la visión de víctimas de ambos bandos y deslegitimar la realidad democrática previa al golpe de Estado de 1936 (Míguez, 2014). De este modo se perfila una transición que, tal y como se ha descrito, constituye un "modelo de olvido del pasado absoluto" (Chinchón, 2012). En base a lo anteriormente expuesto, concluir que la Ley de Amnistía debe ser derogada porque es incompatible con todo el andamiaje jurídico internacional. En su defecto, al menos no debe ser aplicable puesto que sus efectos jurídicos son nulos conforme a la jurisprudencia internacional en la materia.

La impunidad borra toda crónica diferente a la oficial, la realidad puede eliminarse desde el olvido inducido y desde el olvido ordenado por ley mediante la amnistía bajo el pretexto de garantizar la estabilidad política cuando en realidad busca garantizar la impunidad y el propio negacionismo, mientras que las víctimas continúan siendo las grandes olvidadas, a quienes se les niegan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral y a las garantías de no repetición. Siempre he creído que para construir el futuro debemos tener perfectamente definido el pasado, y cada país ha de hacer frente a su propio pasado (Garzón, 2016).

Urge aplicar las medidas de justicia transicional que no fueron implementadas en su momento oportuno, puesto



que el tiempo se está llevando a las víctimas de estos terribles crímenes sin reparación alguna, tal vez ésta sea precisamente la estrategia a seguir desde las instituciones, pero sin comisiones de la verdad con participación de las víctimas (no se puede interpretar o decidir por ellas, es uno de los grandes déficits que los organismos internacionales han apreciado en el proceso español) que aseguren memoria, justicia, reparación, verdad y garantías de no repetición, en la línea de los pronunciamientos de la ONU, no se llegará a la efectiva reconciliación, que no es la de una víctima con un torturador puesto que hemos asistido a la malutilización del sentido del concepto. Una comisión de la verdad puede ser útil pero de forma paralela y sin suplantar en ningún momento la labor judicial, que también debe tener plena participación de las víctimas y constituirse como derecho de las mismas y de la sociedad en su conjunto a la verdad.

Se ha visto que desde diferentes órganos de la ONU como el Comité de Derechos Humanos y la relatoría se ha instado a España a derogar la Ley de Amnistía, investigar y juzgar a los responsables, haciéndose caso omiso, por ejemplo la respuesta del gobierno español a las recomendaciones del relator especial en 2014 fue que lo único posible para la reconciliación es "olvido, amnesia y perdón", en una nueva interpretación perversa del concepto. Estas omisiones constituyen un escándalo y una irresponsabilidad por parte de España, si cada país tomase y omitiese del Pacto lo que quiere ya no existiría un estándar internacional de Derechos Humanos. Son deberes jurídicos, ni siquiera se estaría hablando de Derecho Internacional sino como se ha explicado constituye derecho interno que hay que cumplir, normas de origen internacional pero que forman parte del ordenamiento interno español.

Ni siquiera la llamada Ley de Memoria Histórica supuso un resarcimiento para las víctimas puesto que ni fue considerada suficiente de inicio, ni ha llegado a

implementarse plenamente, por ejemplo contando aun el país con numerosos puntos de ensalzamiento de la dictadura como es el caso más destacable del Valle de los Caídos que, a juicio del relator especial Salvioli, implica una revictimización de las víctimas. Además, las condenas que consideran a las víctimas como criminales no han sido anuladas, existe una fundación privada cuyo objeto es glorificar la figura del dictador, ningún responsable ha sido condenado hasta el momento (al contrario, incluso se han visto beneficiados por parte del Estado, mediante conmemoraciones y galardones, tal y como señalo el relator especial De Greiff), muchos bienes objeto de expolio nunca han sido retornados a sus legítimos dueños y los textos educativos colaboran en este olvido estratégico creando generaciones totalmente ajenas a la realidad de su país, a su historia y a las aberraciones que padecieron sus antepasados. De este modo, ni se aseguran los derechos de las víctimas ni se garantiza la no repetición, mientras paralelamente los actos vandálicos contra monumentos de memoria histórica han ido en aumento en los últimos años⁶¹.

⁶¹ Véase TORRÚS, Alejandro (2019): "El vandalismo de extrema derecha se ceba con los monumentos que recuperan la memoria histórica" publicado en *Diario Público*: <https://www.publico.es/politica/vandalismo-extrema-derecha-ceba-monumentos-recuperan-memoria-historica.html> o L. O. (2018): "Oleada de actos vandálicos contra monumentos de la Memoria Histórica" publicado en *La Voz de Asturias*: <https://www.lavozdeasturias.es/noticia/asturias/2018/11/12/oleada-actos-vandalicos-contra-monumentos-memoria-historica/00031542009089036698829.htm> .



Desde el año 2021, resulta estéril mantener un debate puramente circunscrito a la punibilidad individual de los responsables de los delitos descritos en el desarrollo precedente. La clave actual de la cuestión radica en la dimensión colectiva del derecho a la memoria, su satisfacción a través de la denominada verdad histórica, cuyo anclaje jurídico tiende a vincularse con el deber de establecer garantías de no repetición y/o como una dimensión singular de la reparación pero que, progresivamente, ha ido adquiriendo autonomía propia. Entender la verdad como un derecho y conquistarla para así poder sanar a las víctimas y a la nación en su conjunto.

9. Bibliografía

Abello- Galvis, R., *Derecho Internacional: varias visiones, un maestro*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2015.

Babiano, J.; Gómez, G.; Míguez, A.; y Tébar, J., *Verdugos impunes: el franquismo y la violación sistemática de los derechos humanos*. Editorial Pasado y Presente, Madrid, 2018.

Baquero, J. M., *El país de la desmemoria*. Roca Editorial, Madrid, 2019.

Bueno Arús, F., "Una nota sobre la Ley de Amnistía", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1113, 1977.

Campelo, P., "El Tribunal Internacional contra el franquismo trató de frenar una transición basada en el olvido". *Diario Público*, on line <http://www.publico.es/politica/tribunal-internacional-franquismo-tratofrenar.html>, 2013. Última visita el 22/01/2019,

Chinchón, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España: una visión de conjunto desde el Derecho internacional*. Bizkaia, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº 67, Universidad de Deusto, 2012.

Clapham, A., "Human rights obligations of non- state actors in conflict situations". *International Review of Red Cross*, vol. 88, nº 863, pp 491- 523, 2006.

Escudero, R., "Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain". En *Human Rights Quarterly* nº 36, The Johns Hopkins University Press, 2014.

Fierstein, D., "El concepto de genocidio y la `destrucción parcial de los grupos nacionales´. Algunas reflexiones sobre las consecuencias del derecho penal en la política internacional y en los procesos de memoria", en *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, nº 228, Universidad Autónoma de México, 2016, pág 247 – 266.

Gálvez, S., "El proceso de la recuperación de la memoria histórica en España: Una aproximación a los movimientos sociales por la memoria". En *International Journal of Iberian Studies* nº19. Pp 25– 51, 2006.

Garzón, B., *En el punto de mira*, 2ª ed., Editorial Planeta, Barcelona, 2016.

Gatti, G., "Lo nuestro, como en Argentina". Humanitarian reason and the Latin Americanization of victimhood in Spain. *Journal of Latin American cultural studies*, 25(1), 1-19.

Gil Gil, A. y Maculán, E., *Derecho Penal Internacional*. Editorial Dykinson, Madrid, 2019.

Gimenez Montero, J., *La posición de las víctimas de graves crímenes internacionales ante los tribunales militares internacionales y los tribunales penales internacionales*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2017.

Iglesias, P. y N., *iAbajo el régimen!*. Editorial Icaria, Barcelona, 2013.



Iglesias Argüelles, G., *La amnesia de los cómplices*. Editorial KRK, Oviedo, 2015.

López Cárdenas, C. M., *Las desapariciones forzadas de personas y su evolución en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Universidad del Rosario- Biblioteca Derechos Humanos del Berg Institute, 2018.

Martín Pallín, J. A. y Escudero Alday, R., *Derecho y memoria histórica*, Editorial Trotta, Madrid, 2018.

Míguez Macho, A., *La genealogía genocida del franquismo. Violencia, memoria e impunidad*, Abada Editores, Madrid, 2014.

Míguez Macho, A., "Un pasado negado. Lugares de violencia y lugares de memoria del golpe, la guerra civil y el franquismo", en *Confluente. Revista di studi iberoamericani* nº 2, vol. X. Universidad de Bolonia, pág. 127- 151, 2018.

Millard, E., "¿Por qué un derecho a la memoria?", en *Revista Derecho del Estado*, nº 32. Colombia, pág. 145-156, 2014.

Montoto Ugarte, M., *Un viaje de ida y vuelta: la construcción social de la "víctima" en la querrela argentina contra los crímenes del franquismo*. Tesis doctoral dirigida por María José Devillard. Universidad Complutense de Madrid, 2019.

Morgade, I. y González Cacheda, B., *La Internacionalización del movimiento de la memoria: el caso de la querrela argentina*. Ponencia en el XIII Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración, 2017.

Preston, P., *El holocausto español*, Editorial Debate, Barcelona, 2011.

Ranz, E., *Relevancia de la memoria histórica en el ordenamiento jurídico y documental en España*. Tesis Doctoral dirigida por José María Fernández Calleja. Universidad Carlos III de Madrid, 2007.

Ruíz Torres, P., "Historia en tiempos de memoria y posmemoria" en *Pasajes: Revista de pensamiento*

contemporáneo. Universitat de València, nº 50. pág. 180-184, 2016.

Silva, E. y Macías, S., *Las fosas de Franco*. Editorial RBA, Barcelona, 2006.

Sosa Navarro, M., *La obligación de extraditar o juzgar en España en relación con los crímenes contra la Humanidad: crímenes de guerra, genocidio y crimen de lesa humanidad*. Trabajo fin de máster dirigido por Ana Manero Salvador, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2010.

Stern, S. J.; Winn, P.; Lorenz, F.; Marchesi, A., *No hay mañana sin ayer: batallas por la memoria histórica en el Cono Sur*. Instituto de estudios peruanos, Lima, 2016.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 25

Marzo 2021

<http://gabilex.castillalamancha.es>

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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ESPACIO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN

D. Antonio Maniatis

Profesor Asistente electo de la Academia de la Marina
Mercante de Macedonia (Grecia)

Resumen: Desde 2000 la Unión europea ha desarrollado el Espacio Europeo de Investigación (EEI o ERA) para crear un área unificada europea en la que los investigadores puedan moverse libremente e interactuar sin dificultades, trabajando con infraestructuras de calidad mundial y con redes de trabajo excelentes. En 2020, la Comisión europea propuso tres objetivos clave nuevos (priorización a las inversiones y las reformas, mejora del acceso a la excelencia, trasladar los resultados de Investigación e innovación a la economía) y otro ya establecido (profundización del EEI) sobre un nuevo EEI. De manera comparable, la cuarta generación de directivas de contratación pública consagra el modelo de contratación estratégica, relacionado con la innovación y con objetivos sociales y ambientales. El proceso para la conclusión de un contrato con una persona jurídica del sector público, dedicado a la investigación, requiere un espacio significativo de tiempo, alta carga administrativa, estrategia adecuada para la celebración del contrato, competencia organizativa de la institución involucrada y personal especializado. En el estadio precontractual existen varias dificultades, algunas comunes, como el monopolio de la

lengua nacional en las licitaciones, y otras particulares, ejemplificadas por la naturaleza de los experimentos. El estadio de ejecución no está exento de riesgos, como retrasos o incumplimiento de las obligaciones del contratista. Consecuentemente, el proceso desde la aceptación del proyecto hasta la adquisición de los necesarios recursos podría durar muchos meses mientras el tiempo que los investigadores deben dedicar a este proceso elimina un número importante de horas-hombre de su investigación.

Palabras clave: Contratación pública; Espacio Europeo de Investigación (EEI / ERA); experimentos; I+i (Investigación+innovación); prescripciones técnicas

Sumario: I. Introducción II. El Espacio Europeo de Investigación (EEI) III. El estadio precontractual de la contratación pública sobre la investigación IV. El estadio de ejecución de la contratación pública sobre la investigación V. A modo de conclusiones

I. Introducción

Estados que pierden su dinámica de investigación e innovación están amenazados de decadencia, si no de extinción, como fue el caso del Imperio bizantino. Existe un concepto internacional, el cual focaliza en la indagación científica y tiende a promocionarla. Desde hace aproximadamente dos siglos, los Estados constitucionales adquirieron un nuevo sector de competencia, relativo al patrimonio cultural y los



museos¹. En esta materia, la ley 3028/2002, la cual constituye la fuente principal del derecho de la cultura en el ordenamiento griego, hace mención de la investigación arqueológica de campo en lugar del concepto previamente consagrado, el cual estaba limitado a la excavación arqueológica.

Además, según la asociación Cuéntame Toledo, el guía de turismo tiene que saber historia y querer seguir conociendo: es un investigador². Es también notable que la actividad del guía está liberalizada en las Comunidades Autónomas de Madrid y de La Rioja de tal manera que cualquiera puede practicarla³. Por un lado, el derecho fundamental a convertirse en guía se ha creado en forma de libertad del hombre, pero, por otro lado, existe la cuestión de desprofesionalización de la información turística desde el punto de vista de calidad de los servicios prestados al público. Según el decreto 18/2017, de 7 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la actividad de guías oficiales de turismo de la Comunidad de Madrid, la propiedad del guía oficial constituye un sello de calidad. De sobra, el principio de calidad es relacionado con el acercamiento comunitario a la investigación.

La Unión europea ha desarrollado un nuevo Espacio, el cual está denominado Espacio Europeo de Investigación (EEI) o, en sus siglas en inglés, ERA. Además, la cuarta generación de directivas de

¹ A. MANIATIS, *El derecho a la cultura y los contratos del sector público*, Gabilex, No 23 Tercer trimestre 2020, pág. 251.

² ANÓNIMO, *Free Tours: turismo de calidad, libre y accesible*, ABC, Actualizado 12/06/2017, https://www.abc.es/espana/castilla-la-mancha/toledo/ciudad/abci-free-tours-turismo-calidad-libre-y-accesible-201706121054_noticia.html.

³ A. MANIATIS, E. E. CORTÉS-RAMÍREZ, *El Derecho a la Información Turística. La Inversión del Papel del Guía*, Editorial Académica Española, 2020, pág. 80.

contratación pública, consistente en el paquete de las directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, institucionaliza el modelo nuevo de contratación estratégica, el cual está bastante autonomizado del concepto clásico de competición libre y más focalizado en los objetivos de innovación, de inclusión social y de protección del medio ambiente.

Sería interesante analizar el derecho y la práctica de la contratación pública, particularmente de suministros, en el EEI.

II. El Espacio Europeo de Investigación (EEI)

La visión del EEI se puso en marcha en 2000, en el marco de la Estrategia de Lisboa. El objetivo principal de esta iniciativa consiste en crear un área unificada europea en la que los investigadores puedan moverse libremente e interactuar sin dificultades, trabajando con infraestructuras de calidad mundial y con redes de trabajo excelentes⁴. Este objetivo pone de manifiesto el principio de calidad por lo que se refiere no solamente a los recursos humanos sino a aquellos materiales. Europa ha sido históricamente un espacio de tecnología avanzada e innovación, basada en procesos bien organizados de indagación, consecuentemente es natural adoptar una política para la promoción de esta

⁴ MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN, *Espacio Europeo de Investigación (ERA)*, [Espacio Europeo de Investigación \(ERA\) | Política y Estrategia Europea de Investigación, Desarrollo e Innovación | Actuaciones Europeas | Internacional | Ciencia - Ministerio de Ciencia e Innovación \(es\)](#).



función académica en el contexto de la integración europea.

El Tratado de Lisboa fortalece la acción de la Unión europea en el sector de investigación. Según el párrafo 1 del artículo 179 del Título XIX, titulado "Investigación y desarrollo tecnológico y espacio", del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), *"La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideran necesarias en virtud de los demás capítulos de los Tratados"*.

En 2018, el Consejo de la Unión Europea hizo un llamamiento para renovar el EEI en 2020 mediante una nueva Comunicación de la Comisión europea. En diciembre de 2019 los Estados miembros asesoraron sobre el futuro del EEI a través de un dictamen del Comité Europeo de Investigación e Innovación⁵. En su comunicación precitada, emitida en septiembre de 2020, la Comisión reconoce que el EEI está dotado de grandes avances, por ejemplo en la eliminación tanto de las barreras geográficas a la movilidad de los investigadores como de la fragmentación de las carreras de investigación en Europa, gracias al impulso a la Carta Europea del Investigador y el Código de conducta para la contratación de investigadores, que ya han adoptado 1242 organizaciones⁶. Propone que los Estados

⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicado de prensa. Un nuevo Espacio Europeo de Investigación: la Comisión establece un nuevo plan para apoyar la transición ecológica y digital y la recuperación de la UE*, Bruselas, 30 de septiembre de 2020, pág. 3.

⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social*

miembros refuercen su compromiso con las políticas y principios compartidos, basándose en los veinte años del EEI, mediante la adopción de un Pacto de Investigación e Innovación en Europa (antes de que termine el primer semestre de 2021). Con este Pacto, el proceso de gobernanza debería ser más eficaz y tener una mayor repercusión con un diálogo político periódico con los Estados que aborde las prioridades, las estrategias de aplicación y el seguimiento del proceso en el logro de los objetivos establecidos⁷. En el nuevo EEI, el cual sería más profundo y más amplio, los países podrían alcanzar los siguientes objetivos estratégicos clave⁸:

a. *Priorización a las inversiones y las reformas*

La recuperación de la pandemia de COVID-19 y la necesidad de avanzar hacia una economía más competitiva y sostenible requieren una mejor alineación de las inversiones y las reformas en investigación e innovación, las cuales están concebidas como un conjunto operacional, denominado "I+i" y relacionado

Europeo y al Comité de las Regiones. Un nuevo EEI para la investigación y la innovación, Bruselas, 30.9.2020 (COM92020) 628 final, pág. 1.

⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un nuevo EEI para la investigación y la innovación*, Bruselas, 30.9.2020 (COM92020) 628 final, pág. 6.

⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un nuevo EEI para la investigación y la innovación*, Bruselas, 30.9.2020 (COM92020) 628 final, págs. 5-6.



con una sociedad basada en el conocimiento excelente. Es notable que la Comisión hace mención no solamente de la eficiencia de este sistema europeo sino también del principio de excelencia, el cual significa que los mejores investigadores con las mejoras ideas obtienen financiación.

b. Mejora del acceso a la excelencia

Se debe alentar y apoyar a los Estados miembros dispuestos a acercarse a la excelencia el rendimiento de su sistema de I+i.

c. Trasladar los resultados de I+i a la economía

Las políticas de I+i deberían tener como objetivo impulsar la resiliencia y la competitividad de las economías y sociedades de los países de la Unión mientras sectores enteros experimentan una transición de mayor importancia, la cual está denominada "doble transición", consistente en la transición ecológica y digital de la economía. La Unión está a la zaga de sus principales competidores mundiales en cuanto a la intensidad de la innovación y desarrollo en las empresas⁹.

d. Profundización del EEI

En contraposición de los tres primeros objetivos, los cuales ampliarán el EEI hacia nuevas prioridades, el cuarto no es original por lo que se refiere a su campo de aplicación. Se trata de seguir avanzando en la libre circulación de los conocimientos en un sistema de I+i mejorado, eficiente y eficaz, en particular pasando de un enfoque de coordinación a una integración más profunda entre las políticas nacionales.

Además de la propuesta del nuevo EEI, como parte de sus iniciativas para apoyar la recuperación y construir una Europa ecológica y digital, la Comisión en el mismo

⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un nuevo EEI para la investigación y la innovación*, Bruselas, 30.9.2020 (COM92020) 628 final, pág. 11.

día adoptó un nuevo Plan de Acción de Educación Digital, a fin de adaptar los sistemas de educación y formación a la era digital, así como una Comunicación sobre el Espacio Europeo de Educación, como motor de la creación de empleo y el crecimiento¹⁰.

III. El estadio precontractual de la contratación pública sobre la investigación

Existen varias personas jurídicas de los estados desarrollados, las cuales son servicios públicos investigadores. Por lo general, la noción del servicio público, como señalado por el Tribunal Constitucional español, no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina – con detractores y valedores – o sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas¹¹.

El proceso para la conclusión de un contrato con una persona jurídica del sector público, dedicado a la investigación, requiere un espacio significativo de tiempo, alta carga administrativa, estrategia adecuada para la celebración del respectivo contrato público, competencia organizativa de la institución involucrada y

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicado de prensa. Un nuevo Espacio Europeo de Investigación: la Comisión establece un nuevo plan para apoyar la transición ecológica y digital y la recuperación de la UE*, Bruselas, 30 de septiembre de 2020, pág. 3.

¹¹ M. J. FEIJÓO REY y M. PIMENTEL SILES, (Editores), *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Almuzara 2017, págs., 73, 74.



recursos humanos en forma de personal especializado. Es complejo, desde el punto de aceptación de un proyecto de investigación (programa científico) por el órgano competente del organismo público de investigación hasta la celebración del contrato, a través del cual el investigador involucrado tiene acceso a las necesarias cosas o servicios (contrato de suministro o de servicio). En el estadio precontractual existen varias dificultades, algunas comunes, como el monopolio de la lengua nacional en las licitaciones en detrimento de los interesados que no tienen una competencia lingüística en la materia, y otras particulares, ejemplificadas por la naturaleza de los experimentos.

Más precisamente, el proceso de adjudicación de un suministro comienza con la redacción del anuncio de licitación, para la cual se invita a investigadores y funcionarios a trabajar juntos en un esfuerzo por conciliar el derecho de la contratación pública y la misión de indagación¹². A veces las disposiciones legislativas sobre los contratos son difíciles de comprender y en todo caso deberían combinarse con la garantía institucional de la libertad de la expresión en materia de la investigación y de la ciencia, en un marco delimitado y burocrático.

En materia del proceso de preparación de la adjudicación, la redacción de las prescripciones técnicas es de mayor importancia dado que la libertad de competencia debe asegurarse. Sin embargo, para la realización de un experimento de laboratorio se han realizado pruebas a largo plazo, por lo que se refiere a especies concretas, las cuales se han considerado aceptables¹³. Entonces, cualquier reemplazo de estos productos válidos podría ser perjudicial para el resultado del experimento. Si el proceso de contratación pública

¹² I.KARVOÚNI, *La contratación pública sobre la investigación*, e-JST, 2020, 15 (4), (en griego), págs. 30-31.

¹³ I.KARVOÚNI, *La contratación pública sobre la investigación*, e-JST, 2020, 15 (4), (en griego), pág. 31.

muestra que estos artículos no son los mejores para los intereses del organismo involucrado y deben ser reemplazados, algunos retrasos podrían resultar. La procrastinación es posible en términos de tiempo de implantación de los entregables del proyecto científico, debido a la repetición de las pruebas. De sobra, el experimento podría fallar ya que algunos de los artículos utilizados pueden ser inadecuados en la manipulación. En otras palabras, la experimentación informal tiene la forma de innovación por lo que se refiere a las especificaciones técnicas de los materiales, pero puede provocar retrasos o incluso fallos en el propio experimento.

Además, el estadio de evaluación de todos los documentos requeridos, los cuales los licitadores deben someter, no es siempre fácil. Se trata de responsabilidad de los comités competentes y puede llevar bastante tiempo hasta que se elaboren las actas necesarias¹⁴. El procedimiento de evaluación en materia de contratación de suministro sea de consumibles sea de equipo de investigación está realizado por investigadores. Estos tecnócratas deben dedicar un tiempo valioso de su misión, es decir de su actividad principal de indagación, para comparar, tanto técnica como económicamente, las especies ofrecidas, las cuales en muchísimos casos se enumeran en cientos.

Hay casos en los cuales las licitaciones se declaran infértiles dado que no hubieron participantes o porque ninguna de las ofertas presentadas se consideró adecuada. Este resultado podría implicar un tratamiento distinto del estadio precontractual por el poder

¹⁴ I. KARVOÚNI, *La contratación pública sobre la investigación*, e-JST, 2020, 15 (4), (en griego), pág. 32.



adjudicador. Por ejemplo, si se considera necesario modificar algunas condiciones esenciales del anuncio de licitación, la licitación debe iniciarse desde el principio, lo que significa duplicar el tiempo que se destinará, particularmente en detrimento de la misión investigadora de los tecnócratas involucrados. El mismo escenario es posible en caso de no sumisión de todos los requeridos documentos de respaldo por el contratista seleccionado, debido sea a su imprudencia sea a un obstáculo ocurrido por primera vez después de su selección. En la práctica, este problema es grave si no hubiera un segundo candidato a contratista, dotado con los necesarios documentos. De sobra, un retraso en la activación del suministro es probable a través de la interposición de un recurso prejudicial por otro licitador en contra del acto administrativo de selección.

Es también notable que si el contratista no firma el contrato en el plazo legalmente previsto, está declarado descalificado y en caso de fenómeno "dominó" el proceso de adjudicación se cancela y una nueva licitación debería tener lugar.

IV. El estadio de ejecución de la contratación pública sobre la investigación

Las dificultades no terminan en el estadio precontractual ya que el estadio de ejecución no es exento de riesgos. Por ejemplo, en caso de un contrato de suministro, el contratista podría no entregar los materiales previstos, no reemplazarlos, no repararlos o no mantenerlos, al menos en el plazo contractual o en el plazo de prórroga¹⁵. De manera similar, en materia de contrato de prestación de servicio el prestador podría no cumplir con sus deberes previstos en el contrato o con las instrucciones escritas del órgano de la contratación, las cuales están de acuerdo con el contrato o con las disposiciones vigentes de fuerza formal superior.

¹⁵ I.KARVOÚNI, *La contratación pública sobre la investigación*, e-JST, 2020, 15 (4), (en griego), págs. 33-34.

Además, es probable que el contratista exceda el plazo total de ejecución del contrato, que se calcula después de tener en cuenta las prórrogas. Es obvio que estos acontecimientos pueden implicar la descualificación del contratista y la interposición de recursos por su parte. En otras palabras, un retraso avanzado de la actividad investigadora es eventual.

Consecuentemente, el proceso desde el punto de aceptación del proyecto de investigación por el organismo público competente hasta la adquisición del objeto contractual del suministro o del servicio podría durar muchos meses mientras el tiempo que los investigadores involucrados deben dedicar a las varias fases del proceso elimina un número importante de horas-hombre de su trabajo de investigación¹⁶. De sobra, la recepción tardía de los suministros o servicios necesarios implica una finalización tardía y, a veces, sin éxito de los entregables del proyecto científico. Es también notable que en materia de suministro retrasado de equipo, probablemente resultan problemas para amortizar sus costos y, finalmente, el organismo involucrado debería asumir los costos adicionales.

V. A modo de conclusiones

Sería recomendable hacer una reforma del marco jurídico de la contratación pública, desde el punto de vista de investigación. A nivel nacional, este cambio podría realizarse para asegurar el suministro de aquellos medios que contribuyen a la promoción de aspectos importantes de la sociedad, como la salud pública y la salvaguardia del patrimonio cultural. Es oportuno

¹⁶ I.KARVOÚNI, *La contratación pública sobre la investigación*, e-JST, 2020, 15 (4), (en griego), pág. 34.



promover el principio de celeridad en el procedimiento administrativo en contra del fenómeno de burocracia, particularmente por lo que se refiere a los organismos especializados en el sector de investigación. Por ejemplo, una de las recomendaciones relacionadas con el modo de operación de las Administraciones Públicas en Grecia consiste en la modificación de las disposiciones legislativas sobre la organización y el funcionamiento de estos organismos para que los procesos internos sean aplicables en un tiempo más breve¹⁷.

De manera comparable, se ha propuesto mejorar el "Sistema Nacional de Contratación Pública Electrónica" en el mismo país para que los operadores económicos de otros Estados miembros puedan participar en un proceso de licitación, ya que actualmente está muy obstaculizado por el idioma¹⁸. En otras palabras, el sistema de contratación pública electrónica de cada Estado miembro de la Unión europea debería reproducir los anuncios en todos los idiomas para que pueda ser fácilmente entendido por cualquier operador económico europeo. De sobra, hay que realizar el proceso de licitación en cualquier idioma oficial de la Unión, es decir el sistema nacional debería tener la capacidad de descripción de los procesos aplicables en todos los idiomas.

A nivel europeo, la Unión podría proceder al mejoramiento y la simplificación de los procedimientos de contratación pública en el sector de la investigación y de la ciencia, destacando más la importancia de estos bienes legales. Una prioridad particular debería consistir en el fomento de la internacionalización, como el término

¹⁷ I.KARVOÚNI, *La contratación pública sobre la investigación*, e-JST, 2020, 15 (4), (en griego), págs. 35-36.

¹⁸ I.KARVOÚNI, *La contratación pública sobre la investigación*, e-JST, 2020, 15 (4), (en griego), pág. 36.

emblemático "eureka" está internacionalizado. Es también notable que la Comisión europea en su comunicación de 2020 sobre el nuevo EEI no hace mención explícita de medidas para el mejoramiento de la investigación en materia de contratación pública. Resulta que la temática de los contratos de suministros y servicios en el EEI sigue siendo inexplorada y necesita un acercamiento profundizado. Estas observaciones son mucho más válidas y actuales en el contexto de la crisis corriente de la pandemia, la cual ha destacado la importancia primordial de los bienes de la salud pública y del medio ambiente sano.

La investigación ha sido tradicionalmente un valor constitucional en conexión con el valor central de la ciencia, como es el caso de las disposiciones del artículo 16 par. 1 de la Constitución griega. Hoy día, esta garantía se ha transformado en un valor constitucional a nivel de la Unión europea, a través de su positivación en el tratado de Lisboa. Además de esta evolución vertical, existe también un progreso de orden horizontal, ya que las instituciones europeas, como la Comisión, han adoptado una aproximación conjunta a la investigación y a la innovación, en forma del neologismo "I+i", y una consagración enfática de la calidad de la actividad investigadora. Cabe subrayar que la Unión europea tiende a hacer mención del principio de excelencia de la investigación en el marco del neologismo de la sociedad del conocimiento.

La investigación es un bien infravalorado en la práctica e insuficientemente motivado mientras parece ser



privilegio de las universidades frente a otros organismos de misión intelectual, incluso del sector público, como las asociaciones científicas de profesionales y el sistema de educación escolar. Consecuentemente, la contratación pública sobre la investigación debería promocionar particularmente la democracia en esta materia.





MECANISMOS DE CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

CONTROL MECHANISMS IN THE PERFORMANCE OF PUBLIC INFRASTRUCTURE

D. Jans Erik Cavero Cárdenas

Especialista en Contrataciones del Estado - Perú

Resumen: En la gestión del abastecimiento se pueden presentar problemas que impiden contar con un contrato adecuado para el cumplimiento de la finalidad pública que busca toda contratación pública. Estos problemas pueden identificarse en la fase de actos preparatorios, en la de selección y adjudicación, así como en la ejecución contractual, afectando de manera distinta al proceso de contratación en su conjunto, según el nivel de incidencia e intensidad que presenten.

Bajo esta perspectiva, el presente estudio aborda la contratación pública de obra, centrándose específicamente en la fase de ejecución contractual. La atención a este objeto contractual se justifica por: el volumen de recursos públicos que compromete, la complejidad que supone debido al involucramiento de aspectos técnicos y parámetros constructivos, y una especial inquietud por un objeto contractual que, al parecer, ha merecido poca atención del Derecho Administrativo y de la propia literatura académica ajena a la ingeniería.

Es así que a lo largo del estudio identificamos algunos aspectos de la ejecución de obra cuya funcionalidad será relevante para contar con infraestructura bien ejecutada, dentro de los plazos previstos, reduciendo los riesgos previsibles y garantizando el buen uso de los recursos del Estado. Asimismo, describimos las contingencias que aquejan la ejecución contractual y planteamos algunos mecanismos de control enfocados principalmente en la supervisión de obra o dirección facultativa como agente responsable del contrato.

De esta manera, no sólo aportamos diagnóstico en el sentido de identificar y describir la problemática detectada en la ejecución de obra, sino que también alcanzamos propuestas sobre cómo minimizar riesgos, a efectos de que el operador económico cumpla sus prestaciones contractuales, ciñéndose al expediente técnico, los pliegos y las especificaciones técnicas.

Palabras claves: Control, ejecución de obra, infraestructura pública, contratación pública, supervisión de obra, gestión pública, compras estatales.

Abstract: In the management of supply, problems may arise that prevent having an adequate contract for the fulfillment of the public purpose that all public procurement seeks. These problems can be identified in the preparatory phase, in the selection and award phase, as well as in the contractual execution, differently affecting the contracting process as a whole, depending on the level of incidence and intensity that they present.



From this perspective, the present study deals with public contracting of works, specifically focusing on the contractual execution phase. Attention to this contractual object is justified by: the volume of public resources that it involves, the complexity that it supposes due to the involvement of technical aspects and construction parameters, and a special concern for a contractual object that, apparently, has received little attention from the Administrative Law and academic literature from outside engineering.

Thus, throughout the study, we identified some aspects of the execution of the work, the functionality of which will be relevant in order to have a well-executed infrastructure, within the foreseen terms, reducing the foreseeable risks and guaranteeing the proper use of State resources. Likewise, we describe the contingencies that affect the contractual execution and we propose some control mechanisms focused mainly on the supervision of work or optional management as the agent responsible for the contract.

In this way, we not only provide a diagnosis in the sense of identifying and describing the problems detected in the execution of the work, but we also reach proposals on how to minimize risks, so that the economic operator complies with its contractual services, adhering to the technical file, the specifications and the technical specifications.

Key words: Control, work execution, public infrastructure, public procurement, work supervision, public management, public purchases.

Sumario: Introducción.-. I. Hacia una delimitación conceptual del control en obras públicas.-. II. El papel de la supervisión de obra o dirección facultativa.-.III. El riesgo de las puertas giratorias en la contratación de

obra.-. IV. El control previo del expediente técnico de obra.-. V. El control de las modificaciones contractuales en la ejecución de obra.-. VI. El diseño y construcción como alternativa de control.-. Conclusiones.

Introducción

El análisis o estudio de la contratación pública, desde diferentes ópticas y enfoques, se constituye en un reto para la comunidad académica, preocupada por generar conocimiento científico válido y útil no sólo desde una perspectiva teórica, sino también desde su aplicación práctica. Precisamente, a partir de esta última, se pueden plantear diagnósticos serios para formular procesos de mejora continua que garanticen la operatividad y funcionalidad de la contratación en cada una de sus fases o etapas.

Un sistema de contratación pública, en la gestión del abastecimiento, puede presentar problemas y dificultades que impiden contar con un contrato adecuado para el cumplimiento de la finalidad pública que busca toda adquisición de bienes, prestación de un servicio, o ejecución de obras. Estos problemas pueden identificarse en la fase de actuaciones preparatorias, en la de selección o adjudicación, así como en la fase de ejecución contractual, afectando de manera distinta al proceso de contratación en su conjunto, según el nivel de incidencia e intensidad que presenten.

Bajo esta perspectiva, el presente estudio tiene como objeto la contratación pública de obra, centrándose específicamente en la fase de ejecución contractual. Si bien hay inquietudes respecto a los criterios adecuados



para seleccionar a un buen ejecutor de obra, en este trabajo nos interesa el cumplimiento del contrato de obra, es decir que el operador económico cumpla eficiente y eficazmente sus prestaciones contractuales, en el marco del expediente técnico, los pliegos, las especificaciones técnicas y demás documentación propia del procedimiento de adjudicación.

Es por esta razón que identificamos algunos aspectos de la ejecución de obra cuya funcionalidad será relevante para que los órganos de contratación pongan a disposición de la ciudadanía infraestructura bien ejecutada, dentro de los plazos previstos, reduciendo los riesgos previsibles y garantizando el buen uso de los recursos del Estado. Una vez identificados estos aspectos relevantes, describimos las contingencias que aquejan la ejecución contractual y planteamos algunos mecanismos de control enfocados principalmente en la supervisión de obra, como agente responsable del contrato.

A nivel de estructura, el presente estudio se compone de seis (6) apartados claramente diferenciados. En el primero partimos de un concepto amplio de control sin que ello sea óbice para delimitar su alcance. Posteriormente, abordamos los siguientes cuatro (4) aspectos de la ejecución de una obra: i) el papel de la supervisión o dirección facultativa; ii) el riesgo de las puertas giratorias en la contratación de obra; iii) el control previo del expediente técnico de obra; iv) el control de los modificados en la ejecución de obra, con énfasis en la ampliación de plazo y los adicionales de obra.

En el apartado final se analiza un tema que no se define en la fase de ejecución contractual, pero que puede contribuir a minimizar los riesgos que comporta una contratación clásica de obra. Nos referimos a la figura

del diseño y construcción, que es una modalidad de ejecución contractual que involucra dos prestaciones contractuales a cargo de un mismo operador económico: El diseño del proyecto (elaboración del expediente técnico de obra) y la ejecución física de la obra.

Como puede advertirse nos focalizamos en la contratación de obra, dejando fuera de análisis la contratación de suministro de bienes y prestación de servicios. La razón obedece fundamentalmente al volumen de recursos públicos que compromete este objeto contractual, a la complejidad que supone debido al involucramiento de aspectos técnicos y parámetros constructivos, y a una especial inquietud por un objeto contractual que, desde nuestro punto de vista, ha merecido poca atención del Derecho Administrativo y de la propia literatura académica ajena a la ingeniería.

Debido a las limitaciones impuestas sobre la extensión del trabajo, el diseño de su contenido obedece al formato de un artículo académico, a partir del cual se plantean reflexiones en torno a diferentes mecanismos de control, con el propósito de optimizar la función de supervisión de obra y reducir las dificultades en la ejecución de obras que impiden el cumplimiento adecuado del contrato. Se trata, en suma, de poner a disposición de la comunidad académica y de los diferentes operadores de la contratación pública de obra un conjunto de inquietudes para que los actores intervinientes inicien una reflexión sobre aquellos puntos débiles y poco operativos de la ejecución de obras (Fuentes-Bargues, González-Gaya y González-Cruz, 2015).



Finalmente, es necesario precisar que si bien el presente trabajo no apela al método comparativo como estrategia metodológica, permanentemente se hará referencia a los sistemas nacionales de contratación pública de Perú y España, con el propósito de tener una aproximación a las similitudes y diferencias que presentan ambos modelos.

1. Hacia una delimitación conceptual del control en obras públicas

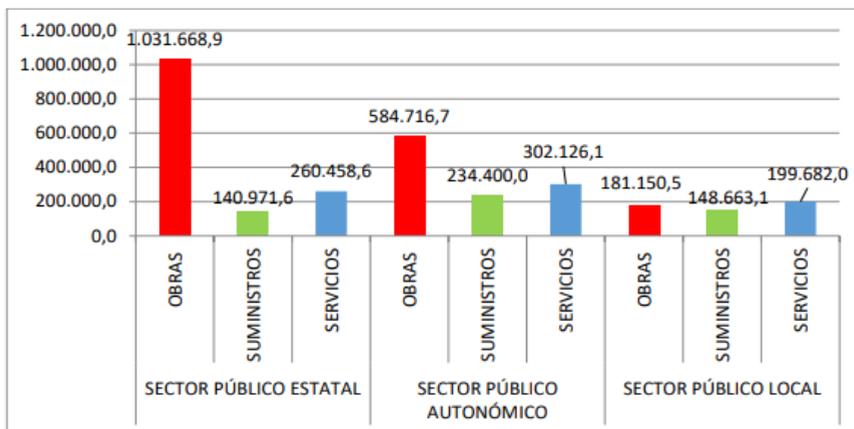
En España, la contratación pública representa el 9,6% del PIB, lo que equivale al 23,4% del gasto público, en tanto que a nivel comunitario, las autoridades y los entes de derecho público gastan cada año aproximadamente una quinta parte del PIB de la Unión Europea en la adquisición de bienes, obras y servicios (OIRESCON, 2019). Por lo tanto, resulta imperativo reflexionar en torno a ciertos mecanismos de control sobre los contratos públicos, que permita cautelar el uso adecuado de los recursos involucrados.

Es de resaltar que las adquisiciones que se realizan con los recursos públicos no se requieren *per se*, es decir los libros, computadores, medicamentos, escuelas, hospitales no son necesarios por lo que cada uno de ellos significan por la simple utilidad que prestan, sino además por el beneficio que en determinado momento significan para la sociedad y porque dichos acervos se vinculen con una función legal encomendada a la administración (Mármol, 2013).

Los contratos de ejecución de obra, a diferencia del suministro de bienes o de la prestación de servicios, son complejos tanto en la fase de los actos preparatorios como en la fase de ejecución contractual. Al mismo tiempo, los montos que involucran las obras tienen un

impacto significativo en el presupuesto que gestionan los poderes adjudicadores, según evidencia la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC):

Gráfico 1: Importe medio de los contratos por nivel administrativo (2012- 2016)



Fuente: CNAM, 2019.

Precisamente, una herramienta idónea para garantizar la eficiente y eficaz prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, a través de obras o proyectos de infraestructura, es el control, entendido éste en su sentido más amplio¹. Este entendimiento amplio del control, sin embargo, no significa que no se pueda delimitar su alcance. Bajo esta perspectiva, para los propósitos de este trabajo, queda fuera de nuestro

¹ Concepto que tiene como premisa el artículo 103, numeral 1, de la Constitución de España.



análisis el control externo, es decir el control gubernamental a cargo de entidades como el Tribunal de Cuentas (España) o la Contraloría General de la República (Perú).

Tampoco se abordarán los controles asociados a: i) el control de legalidad o cumplimiento de la normativa sobre contratación administrativa; ii) el control sobre la contratación a través de la nulidad del acto administrativo; iii) el control a través de la interposición del recurso especial; iv) el control interno a través de auditorías financieras, contables, o de gestión; v) el control o supervisión que ejerce el órgano rector de la contratación pública; vi) el control externo a cargo de otras entidades como el Parlamento, juzgados y tribunales en lo Civil o en lo Contencioso Administrativo.

Por el contrario, nos interesa el control durante la ejecución de obra, con posterioridad a la adjudicación y formalización del negocio jurídico. Se trata más de un control inmediato, es decir, de una inspección que implica actividades insistentes y profundas (Canals, 2018), enfocado a las funciones que desarrolla la dirección facultativa cuando supervisa la ejecución de una obra, por encargo o designación de los poderes adjudicadores, cumpliendo con su papel de responsable del contrato.

En efecto, en el sistema de contratación peruana se exige, en caso de obras mayores a S/. 4'300,000 soles, la formalización de dos (2) contratos necesariamente vinculados entre sí: el contrato de ejecución de obra (contrato principal) y el contrato de supervisión de obra (contrato accesorio). Este último negocio jurídico sigue indefectiblemente la suerte del contrato principal. Así, el plazo del contrato de supervisión de obra está vinculado a la duración de la obra, cuyo inicio supone – entre otras

condiciones previas – la presencia del supervisor, caso contrario no hay avance físico, salvo que la entidad acredite, excepcional y provisionalmente, a un inspector de obra, en tanto se realice el procedimiento de selección para la contratación de la supervisión. En este supuesto, solo puede mantenerse la participación del inspector hasta que el monto de la valorización acumulada no supere el tope de los S/. 4'300,000.²

Al tratarse de dos negocios jurídicos ligados se tienen las siguientes consecuencias: si se acuerda la suspensión de la ejecución de obra debe suspenderse también la supervisión. A su vez, si la entidad otorga una o más ampliaciones de plazo al contratista ejecutor, corresponde otorgar la ampliación respectiva al contratista supervisor de la obra involucrada.³ Es más, una prestación adicional de supervisión puede provenir de prestaciones adicionales de obra o de variaciones en el plazo de ejecución de la misma.

Finalmente, en caso se resuelva el contrato de ejecución de obra, las partes pueden acordar suspender el plazo de supervisión hasta que se contrate la ejecución del saldo de obra. Viceversa, cuando se resuelva el contrato de supervisión, las partes pueden acordar suspender el plazo de ejecución del contrato de ejecución de obra,

² Al respecto, revísense los artículos 142 y 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

³ En efecto, el artículo 158, numeral 158.4, señala que en virtud de la ampliación otorgada, la entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.



hasta que se contrate un nuevo supervisor.⁴ En sentido similar, si por razones imputables al ejecutor de obra no se ha cumplido el avance de obra programado en el calendario, es decir hay un atraso en la finalización de la obra, el plazo del contrato de supervisión se extiende generándose un mayor costo de supervisión. Bajo este supuesto, el ejecutor de la obra asume el pago por los servicios indicados, el que se hace efectivo deduciendo tal monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra.

Por lo tanto, tal como se ha puesto de relieve en los párrafos anteriores, los hitos que van a merecer atención están relacionados directamente con la fase de ejecución contractual, salvo un aspecto que tiene que ver con la definición de la modalidad de contratación, el cual se determina en la fase de actos preparatorios. A su vez, es necesario acotar que la concesión de obras tampoco está dentro de los alcances del presente trabajo, ni las asociaciones público-privadas, pese a que absorben significativos recursos financieros.

Un fundamento adicional a la relevancia presupuestal de las obras es la casuística en la formalización de este objeto contractual, cuya ejecución o desarrollo desnuda un abanico de problemas, entre los cuales se pueden mencionar los siguientes:

- Incumplimiento de los calendarios de ejecución de obra por atrasos o paralizaciones, debido al incumplimiento de obligaciones contractuales.

⁴ Artículo 178 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- Presencia recurrente de ampliaciones del plazo contractual por causas no imputables al contratista ejecutor.
- Utilización permanente de prestaciones adicionales de obra como consecuencia de errores o deficiencias del expediente técnico.
- Incremento del presupuesto de obra que difiere sustancialmente del monto adjudicado o del monto previsto en el expediente técnico.
- Falta de calidad en la infraestructura ejecutada debido, entre otros aspectos, a la deficiencia técnica de la supervisión de obra o a la presencia de actos colusorios entre el contratista ejecutor de obra y el contratista supervisor de la misma.
- Paralización de obras por el surgimiento de controversias surgidas durante la ejecución del contrato (arbitrajes).
- Demora en contar con la infraestructura para su funcionamiento y puesta en marcha, toda vez que el ciclo de un proyecto atraviesa etapas que requieren, usualmente, dos procedimientos de selección: Uno para la elaboración del expediente técnico (consultoría de obra) y otro para la ejecución de la obra, según los parámetros del expediente técnico aprobado por la entidad.

A partir de las consideraciones anteriormente expuestas, nos centraremos en describir y plantear algunos mecanismos de control tendentes a minimizar



determinados riesgos en la realización de la obra. Bajo esta perspectiva, se justifica el tratamiento del tema propuesto, teniendo en cuenta el impacto presupuestal de este tipo de intervención pública, las contingencias presentes durante la ejecución de la obra, así como su importancia para el desarrollo económico y social de un país.

En conclusión, nuestro enfoque va más por la línea de la doctrina del Consejo de Estado sobre la potestad de inspección y control del contrato, cuyos criterios, en palabras de Rodríguez-Arana (2008), se resumen en: i) la garantía de que se ejecuten con sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base a la obra; ii) la posibilidad de tramitar y resolver a la mayor brevedad cuantas incidencias surjan; iii) la formulación oportuna y por escrito de instrucciones de obligado cumplimiento para el contratista; iv) la vigilancia de que las obras se acomoden al programa de trabajos; y, v) la opción de medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras.

2. El papel de la supervisión de obra o dirección facultativa

La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 (en adelante LCSP) entiende por "obra" *al resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble*. También considera como tal la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.⁵

⁵ Conceptualización recogida en el artículo 13 de la LCSP 2017.

Se trata de una definición transpuesta por el legislador español de la Directiva 2014/24/UE.⁶

Puede advertirse a groso modo que la finalidad de una obra no es otra que la vinculación a un uso público o un servicio público, subsistiendo una vinculación, quizá excesivamente convencional, entre las obras públicas y los bienes inmuebles (Valcárcel, 2001). Es por esta razón que la importancia de los contratos públicos de obra para la economía y desarrollo de un Estado no puede soslayarse. Se ejecutan obras para implementar diverso tipo de infraestructura: vial, educativa, sanitaria, hidráulica, edificaciones, saneamiento, entre otros. De ahí que su relevancia, en términos de gasto público, exige una adecuada administración contractual, a fin de cautelar la utilización eficaz, eficiente y transparente, de los recursos públicos invertidos por los poderes adjudicadores.

En este contexto, resulta gravitante la presencia del responsable del contrato o de supervisores de obra, específicamente designados para tal propósito, sin que ello enerve la responsabilidad de la entidad en el control de sus compras públicas. Así, en el Perú, el artículo 10 de la Ley de Contrataciones – Ley N° 30225 precisa que la entidad debe supervisar el proceso de contratación, directamente o a través de terceros, en tanto que el artículo 28 de la LCSP dispone que las entidades del sector público velarán por la eficiencia y mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los contratos.

⁶ Artículo 2: Definiciones, numeral 7, de la norma comunitaria.



Precisamente, con la finalidad de garantizar el cumplimiento del contrato, el artículo 62 de la LCSP establece la figura del responsable del contrato, cuya función primordial es supervisar su ejecución y dictar las instrucciones necesarias para asegurar la correcta realización de las prestaciones pactadas. Tratándose de una obra, las facultades del responsable del contrato son ejercidas por el director facultativo, quien ejerce las funciones atribuidas en los pliegos por los órganos de contratación.

Esta particularidad induce a pensar que la delimitación de su actuación depende de cada entidad, en función a la naturaleza y complejidad de la contratación. No obstante, la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, considera a la dirección facultativa como un agente protagónico del proceso de edificación. En efecto, la dirección facultativa está integrada por el director de obra y el director de la ejecución de obra. Si bien el primero, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto; el segundo, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.⁷

En la experiencia peruana, el Reglamento de la Ley de Contrataciones⁸ señala que el supervisor es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra, así como de la oportuna administración de riesgos durante el plazo de ejecución contractual.

⁷ Las facultades de ambos agentes se encuentra detalladas en los artículos 12 y 13 de la Ley 38/1999.

⁸ Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 344-2018-EF, artículo 187.

Velar por la ejecución técnica de una infraestructura es garantizar que la misma se realice según el expediente técnico de obra y de acuerdo a los parámetros de ingeniería regulados por normas técnicas y metrológicas. La ejecución económica, en cambio, se circunscribe a las valorizaciones mensuales, aplicación de penalidades, actualización de precios, cálculo de gastos generales. Finalmente, la ejecución administrativa se refiere a aspectos vinculados al personal ofertado, sustitución de profesionales de obra, ampliaciones de plazo, adicionales de obra, subcontratación, entre otras funciones.

Debido a la trascendencia de las funciones que corresponden a la supervisión de obra, considero indispensable introducir mejoras en la regulación de esta figura, con el propósito de optimizar el control durante la ejecución del contrato. Si a nivel de actos preparatorios, la correcta formulación del requerimiento por el área usuaria reduce el riesgo de controversias durante el procedimiento de adjudicación, a nivel de ejecución contractual la imparcialidad y el nivel de profesionalización del supervisor de obra es garantía para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del ejecutor del proyecto.

De esta manera, la nueva regulación de la dirección facultativa pasa por reflexionar sobre las siguientes consideraciones:

i. Su existencia ¿es obligatoria o facultativa? La pregunta no es baladí, si consideramos que si bien la LCSP dispone su obligatoriedad, según lo previsto en su artículo 62, el numeral 2 del artículo 194 y el artículo 311



parecen sugerir que su designación sería optativa o facultativa de los órganos de contratación. En todo caso, pese a esta redacción poco amigable de la ley, nos adherimos a la posición que defiende su obligatoriedad, más aún si se trata de garantizar una adecuada ejecución contractual.

ii. Su existencia ¿garantiza o no la correcta realización de las prestaciones contractuales? En mi opinión, depende del contexto en el que nos encontremos. Bajo esta premisa, sostengo la hipótesis de que en contextos con prácticas corruptas y conflicto de intereses se reduce el control sobre el ejecutor de obra cuando la dirección facultativa ha sido tercerizada. En este escenario, no debe extrañarnos que un supervisor de obra responda más a los intereses del ejecutor que a los de la entidad, y en lugar de cautelar una ejecución con mínimos estándares de calidad avale ejecuciones deficientes, irregulares, y reiterados incumplimientos del contratista de obra.

De otro lado, el mercado laboral de la construcción es muy volátil, siendo usual que profesionales de ingeniería que antes prestaron servicios en una empresa ejecutora de obras ahora presten servicios en una empresa supervisora de obras, con lo cual si esta última tuviera que controlar a aquella, podría configurarse un escenario poco favorable para un adecuado control, fiscalización y monitoreo del proceso constructivo.

iii. ¿Cuál es el alcance del responsable del contrato? En la LCSP esta figura afecta a todos los contratos del sector público, incluido las concesiones de obras y servicios, en tanto que en el Perú, las concesiones están fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones. Para la contratación de bienes y servicios (salvo la consultoría destinada a la elaboración

de un expediente técnico de obra) no hay exigencia legal para su designación. Por lo tanto, en el caso de bienes y servicios, la entidad determinará si es conveniente o no contratar a un responsable del contrato.

iv. ¿Es suficiente la presencia del responsable del contrato? Definitivamente no, razón por la que siempre será crucial el papel de la entidad para cautelar la buena marcha de sus contratos. Al fin y al cabo, más allá de la buena intención de una persona natural o jurídica (la dirección facultativa o el supervisor de obra) el actor principal capaz de garantizar la satisfacción del interés general es el órgano de contratación, máxime si cuenta con una burocracia altamente profesionalizada.

Una distinción notoria entre la regulación española y la peruana es la siguiente: Sólo para el caso de obras, el sistema peruano de contratación obliga la presencia de un supervisor de obra, siempre que el valor de la misma supere en costo los S/ 4'300,000 soles (1'075,000 euros aproximadamente). En este supuesto, la norma obliga la externalización de esta responsabilidad, a través de un procedimiento de adjudicación, no habiendo forma de que la entidad controle con personal propio la ejecución del contrato.⁹

⁹ El supervisor de obra, al igual que el director facultativo, puede ser persona natural o jurídica. Si el monto es menor a S/ 4'300,000 soles la entidad controla la obra con personal de planta denominados "inspectores de obra". Tanto los inspectores como los supervisores de obra deben ser ingenieros o arquitectos con no menos de dos (2) de experiencia en la especialidad.



Finalmente, no deben soslayarse los límites en el ejercicio de funciones del director facultativo. Si bien la ley o los pliegos imponen parámetros de actuación, la realidad de la administración de contratos podría suponer actividades que van más allá de lo estipulado. Es más, ¿hasta qué punto las directrices del director facultativo tienen carácter vinculante? Al respecto, planteo la hipótesis de que el carácter vinculante de los pronunciamientos del director facultativo depende del nivel de profesionalización de los servidores y funcionarios vinculados al área orgánica que administra el contrato.

De este modo, si la entidad cuenta con administradores de contrato altamente profesionalizados es factible que ante una ampliación de plazo, una prestación adicional, o la imposición de penalidades, planteados por el director facultativo, la entidad se aparte de tal determinación, adoptando una decisión en otro sentido o matizando la recomendación otorgada por aquél. En el Perú, por ejemplo, el pronunciamiento del supervisor de obra sobre un modificado contractual no es necesariamente vinculante en todos los extremos, al margen del sustento técnico que apareje sus informes.

En resumen, diría que potenciar el control de la entidad sobre sus contratos de obra, bajo el imperativo de salvaguardar los intereses de la sociedad y cautelar los fondos públicos, así como lograr una alta profesionalización de los servidores y funcionarios que estén involucrados con la gestión del abastecimiento, constituyen dos elementos fundamentales para optimizar el sistema de contrataciones públicas, específicamente en lo que respecta a la ejecución contractual y al cumplimiento de las prestaciones involucradas.

Razón no le falta a Gimeno Feliú (2019) cuando subraya que debe tenerse en cuenta la prevención de los conflictos de intereses, así como el diseño de una política de profesionalización y capacitación en las decisiones públicas. No en vano, al gestor público se le debe exigir una mayor y cualificada diligencia que al gestor privado puesto que *"el gestor de fondos públicos está obligado a una diligencia cualificada en la administración de los mismos, que es superior a la exigible al gestor de un patrimonio privado"*.

3. El riesgo de las puertas giratorias en la contratación de obra

Otro mecanismo de control sobre los contrato de obra consiste en romper, o al menos neutralizar, la vinculación entre el contratista ejecutor de obra y el supervisor o inspector de obra. Naturalmente, no es que el sistema de compras públicas permita tal vinculación para defraudar al Estado, sino que se trata de una suerte de *revolving door* que evidencia, sin duda alguna, conflicto de intereses y corruptelas que traen como consecuencia grandes perjuicios económicos en contra de las finanzas públicas.

Tal como se ha expuesto en el acápite anterior, el mercado laboral de la construcción e infraestructura es tan dinámico y volátil que desnuda una realidad innegable: tanto inspectores como supervisores de obra alguna vez fueron, o serán, ejecutores de obra. Si a ello se suma la inestabilidad laboral en las administraciones públicas, aunado a la alta rotación de funcionarios, se tiene un escenario donde el sector privado y público



“comparten” profesionales de ingeniería, poniendo en riesgo la neutralidad profesional e imparcialidad deontológica que requiere una supervisión de obra.

En el Perú, la vinculación entre el supervisor y ejecutor de obra ha sido una de las grandes causas de ejecuciones deficientes y reiterados incumplimientos de prestaciones contractuales a cargo del ejecutor, razón por la cual la Contraloría General de la República ha puesto la puntería en los supervisores de obra, cuya responsabilidad sólo se limitaba, en principio, a su relación contractual con la entidad. Así, la Décimo Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley de Contrataciones impone al supervisor la obligación de remitir al órgano de control los informes u opiniones emitidos respecto a los adicionales de obra, solicitudes de mayores gastos generales, variación del calendario de obra, ampliaciones de plazo, aplicación de penalidades, entre otros actos emitidos por él.

Es más, toda vez que un supervisor de obra ejerce sus funciones en virtud de un contrato de supervisión celebrado con la entidad, como consecuencia de un concurso público de consultoría de obra, está sujeto a la potestad sancionadora de la administración. De este modo, la Ley de Contrataciones tipifica como infracción pasible de sanción el supervisar faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación, ocasionando perjuicio económico a los poderes adjudicadores.¹⁰ De otro lado, en caso la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación tenga conocimiento de hechos delictivos o infracción dará traslado inmediato,

¹⁰ Literal m) del artículo 50 (infracciones y sanciones administrativas) de la ley peruana.

en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes.¹¹

Ahora bien, España no está blindada de los conflictos de interés y corrupción, razón por la que acertadamente Canals (2018:417) expresa sus dudas sobre la efectividad de la actuación de los órganos que integran el sistema administrativo de control interno y de supervisión, para reducir o eliminar los conflictos de intereses y los favoritismos en la contratación pública española, principalmente por la superposición de tareas similares que poseen y la falta de independencia real de la unidad de supervisión .

En este orden de ideas, es factible plantear el dilema de si es mejor contar con un operador económico que controle el cumplimiento adecuado del contrato de obra, o es mejor que profesionales vinculados laboralmente con la entidad controlen al ejecutor de obra. En cualquier caso, cabe señalar que así como el responsable del contrato puede ser una persona natural o jurídica, externa a la entidad o vinculada a ella, tal como dispone el artículo 62 de la LCSP, en el modelo peruano es el valor referencial de la obra el que determina la tercerización de la supervisión del contrato.

Precisamente, un límite para evitar vinculación alguna entre el ejecutor y supervisor de obra la encontramos en el artículo 70 de la LCSP, cuyo numeral 2 estipula que *los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera contratos, así como la coordinación en*

¹¹ Artículo 332 de la LCSP 2017.



materia de seguridad y salud, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos, ni a las empresas a estas vinculadas.

Sin embargo, si bien el citado dispositivo legal impone un límite a nivel de operadores económicos (empresas adjudicatarias y empresas vinculadas), indicando que una misma empresa no puede ser ejecutora de un contrato y a la vez supervisora del mismo contrato, no regula expresamente el supuesto por el que las empresas comparten, aunque en tiempos diferentes, profesionales en sus respectivos equipos técnicos que presentan en el momento de formular sus ofertas. Este aspecto debe revisarse por cuanto se evidencia una prohibición a nivel de empresas más no así a nivel del plantel de profesionales que los postores presentan para adjudicarse un contrato.

Es cierto que la responsabilidad de un contrato se imputa, en principio, a la empresa que actúa como parte contratante, pero no es menos cierto que son los profesionales y técnicos que integran el plantel o equipo del contratista quienes ejecutan en campo las prestaciones contractuales que son objeto de la relación jurídica. En este escenario, planteamos la propuesta de que si en una contratación para la supervisión de una obra un postor presenta dentro de su plantel técnico a uno o más profesionales que durante los últimos cinco (5) años formaron parte del equipo de profesionales de la empresa que va a ejecutar la obra, la oferta debería ser excluida por el órgano de contratación.

Estaríamos frente a un supuesto de prohibición imperativa y no facultativa (Aymerich, 2019), en el sentido de que el poder adjudicador no goza de discrecionalidad para evaluar este supuesto de

exclusión, lo cual se condice con la vigencia del principio de transparencia en el ámbito de la contratación pública.

Otra propuesta interesante, aunque menos gravosa que la anterior, podría ser que el órgano de contratación – ante un supuesto como el planteado – otorgue al postor la posibilidad de subsanación de oferta, a efectos de sustituir al profesional que tuvo vinculación con la empresa ejecutora de la obra. Al fin y al cabo, por la presentación del plantel profesional, sí puede responsabilizarse al operador económico, o por lo menos hacer recaer en él la posibilidad de subsanarlo, ya que de él depende poner fin a esta anomalía (Miranzo, 2017).

Por lo expuesto, urge a este nivel no sólo optimizar las legislaciones sobre contratación pública, sino redefinir el propio concepto de conflicto de intereses e incentivar que los poderes adjudicadores, como acertadamente apunta Miranzo (2017), deben aprovechar todas las ventajas que la norma ofrezca para prevenir y detectar conflictos de intereses, es decir, deben tomar una posición activa en la regulación de los mismos.

4. El control previo del expediente técnico de obra

Otro aspecto gravitante para garantizar el adecuado cumplimiento de un contrato de ejecución de obra, evitando sobrecostos innecesarios y controversias en ejecución contractual, es el control del expediente técnico previo al inicio físico de la obra, de tal forma que se puedan minimizar los riesgos técnicos y económicos durante la ejecución, reduciendo la posibilidad de



modificados.

De manera acertada el artículo 231 de la LCSP dispone expresamente que la adjudicación de un contrato de obras requerirá la *previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato*. En concordancia con lo anterior, el artículo 236 precisa que el replanteo del proyecto consiste en comprobar la realidad geométrica de la misma, la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, así como la comprobación de cuantos supuestos figuren en el proyecto elaborado y sean básicos para el contrato a celebrar.

Como puede observarse, el sistema español exige un replanteo previo a la aprobación del expediente de contratación. Pero además, exige la comprobación de este replanteo antes del inicio de la obra, el cual se concreta con el "Acta de Comprobación del Replanteo". Para tal efecto, dentro del plazo que se consigne en el contrato – que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados – el servicio de la administración encargada de las obras procederá a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose un acta suscrito por ambas partes, remitiéndose un ejemplar al órgano que celebró el contrato.¹²

De forma similar, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Perú regula esta figura, disponiendo en su artículo 177 que *dentro de los (15) días calendario del inicio del plazo de ejecución de obra, para el caso de obras cuyo plazo sea menor o igual a (120) días y dentro*

¹² Al respecto, revítese el artículo 237 de la LCSP 2017.

de los treinta (30) días calendario para obras cuyo plazo sea mayor a ciento (120) días calendario, el contratista presenta al supervisor o inspector de obra un informe técnico de revisión del expediente técnico de obra, que incluya entre otros, las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta. El supervisor o inspector dentro del plazo de siete (7) días calendario, para obras con plazo menor o igual a ciento veinte (120) días, y diez (10) días calendario para obras con plazo mayor a ciento veinte (120) días, eleva el informe técnico de revisión del expediente de obra a la entidad, con copia al contratista, adjuntando su evaluación, pronunciamiento y verificaciones propias realizadas.

Naturalmente, algunas diferencias saltan a la vista: En el sistema español hay un replanteo previo a la aprobación del expediente de contratación, en tanto que en el sistema peruano la revisión se realiza con posterioridad a la aprobación del expediente de contratación y a la propia suscripción del contrato; en Perú, la revisión del expediente técnico se realiza iniciado el plazo de ejecución, mientras que en España el replanteo es una condición para el inicio de la obra; finalmente, en el modelo español se exige el replanteo y su posterior comprobación, en tanto que en el modelo peruano, sólo se habla de una revisión del expediente técnico de obra después de suscrito el contrato, pues previo a ello, la entidad puede revisar y corregir un expediente técnico ya aprobado.

Otra diferencia entre ambos modelos está relacionada a las causas de resolución de contrato. En efecto, la demora injustificada en la comprobación del replanteo se



erige como una causal de resolución del contrato de obra en el sistema de contratación español. Es más, el artículo 246 de la LCSP dispone que por la demora injustificada en la comprobación del replanteo – dando lugar a la resolución del contrato – el contratista tiene derecho a una indemnización equivalente al dos por cien del precio de adjudicación.

Por el contrario, en el Perú, la resolución del contrato se produce por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de obligaciones contractuales, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes. Como puede advertirse, la demora en el replanteo de obra o revisión del expediente técnico no encaja en ninguno de los tres supuestos anteriormente descritos.

Un proyecto o un expediente técnico mal elaborado por la entidad, o por un consultor privado contratado para tal propósito, afecta directamente tanto a la calidad técnica de la obra como al costo o valor económico de la misma. Es más, después de la adjudicación del contrato la implementación de correctivos a nivel de parámetros técnicos puede significar una paralización temporal de la obra, trayendo como consecuencia la postergación o puesta en funcionamiento de la infraestructura contratada.

Al haber partidas o metrados por reformular, o al incorporar nuevas partidas y/o mayores metrados, el contratista va a proponer prestaciones adicionales de obra, lo que puede implicar ampliaciones de plazo para ejecutar los adicionales otorgados. Tanto adicionales como los mayores gastos generales originados por una ampliación de plazo contractual tienen que ser financiados por la entidad, lo que a la postre supone un

incremento en el costo real de la obra respecto al monto inicialmente adjudicado.

Por lo tanto, el control a este nivel implica también una burocracia profesionalizada en el órgano de contratación y/o área competente en ingeniería, con el propósito de garantizar una revisión celosa del proyecto o expediente técnico. Este control debe darse en tres momentos diferenciados: previo a la aprobación del proyecto por la entidad; después de su aprobación pero antes de la aprobación del expediente de contratación; previo al inicio de obra. Con estos controles realizados adecuadamente se reduce la posibilidad de modificaciones que impliquen variación del monto adjudicado y ampliaciones del plazo.

No debe perderse de vista que la buena gobernanza demanda que los empleados encargados de la contratación pública se conviertan en verdaderos profesionales, que no solo cumplan las normas, sino que además sean directores de la contratación. Esta profesionalización resulta decisiva para promover la integridad y luchar contra una de las grandes preocupaciones actuales del derecho de la Unión Europea y español en materia de contratación pública, como es la lucha contra la corrupción (Moreno, 2017).

5. El control de las modificaciones contractuales en la ejecución de obra

Durante la ejecución de un contrato de obra pueden darse situaciones que impliquen modificaciones contractuales, dentro de los límites previstos por ley.



Estas modificaciones pueden ser a iniciativa del operador económico – piénsese por ejemplo en una solicitud de ampliación de plazo – o puede tener su origen en el ejercicio del *ius variandi*, prerrogativa que es propia de las administraciones públicas para modificar unilateralmente sus contratos administrativos.

En cualquier caso, las modificaciones contractuales pueden afectar el valor de la obra, el plazo de ejecución, u otras cláusulas contractuales como sería un eventual cambio del domicilio procesal de una de las partes contratantes para efectos de la notificación, el reemplazo de un profesional miembro del equipo técnico de obra, o la cesión de posición contractual de la empresa adjudicataria en favor de otra persona jurídica.

A mi juicio, la variación del monto de la obra a partir de adicionales y la modificación del plazo de ejecución, a diferencia de otras enmiendas al negocio jurídico, tienen un serio impacto en las finanzas públicas de la entidad contratante, toda vez que inciden en el presupuesto de obra. Por tal razón, advertimos que un control idóneo sobre la gestión del contrato, respecto al monto y plazo, favorece al órgano de contratación.

En cuanto a la variación del valor de la obra, la Directiva 2014/24/UE señala que los contratos podrán modificarse, sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación, en caso de obras adicionales que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original. En este supuesto no es factible el cambio de contratista por razones económicas o técnicas, por una eventual generación de inconvenientes significativos o debido a un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.¹³

¹³ Artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE.

La norma comunitaria en mención precisa que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50% del valor del contrato inicial, aclarando que si se introducen varias modificaciones sucesivas, dicha limitación porcentual se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Asimismo, si el valor de la modificación es inferior a 5 186 000 euros o menor al 15% del valor del contrato inicial, también podrá modificarse un contrato de obra sin necesidad de convocar un nuevo procedimiento de contratación, en el entendido de que la modificación planteada no puede alterar la naturaleza global del contrato de obra.

Resulta claro que el costo de la obra puede variar por la ejecución de prestaciones adicionales o por el reajuste del precio en base a fórmulas de actualización.¹⁴ Naturalmente nos interesa el primero, toda vez que su ocurrencia, a diferencia del segundo que obedece más a un tema de mercado, se puede controlar. En algunos sistemas de contratación pública como el peruano, un adicional se origina por orden de la entidad o a solicitud del contratista, teniendo como causal deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la firma del contrato.

¹⁴ En el Perú, según el artículo 38 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las valorizaciones pagadas al contratista son ajustadas multiplicándolas por el coeficiente de reajuste "K" que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.



En cualquier caso, lo relevante es que el adicional de obra se justifique para cumplir la finalidad del contrato y que no altere la naturaleza global del contrato en el sentido de no sustituir el objeto contractual¹⁵. De esta forma, el artículo 204 de la LCSP 2017 regula de forma detallada los que se conocen tradicionalmente en el derecho español como «modificados convencionales», mientras que en el artículo 205 se contiene la disciplina de los «modificados legales» (Gallego, 2018).

Es necesario mencionar que el artículo 262 del citado cuerpo legal dispone que el órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en la misma ley (artículos 191, 205 y 207), la modificación de las obras, así como su ampliación, procediéndose a la revisión del plan económico financiero con el fin de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

De esta manera, los contratos pueden modificarse cuando se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares; caso contrario, procede la modificación si es necesario añadir obras adicionales, cuando la necesidad de modificar provenga de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles durante la licitación del contrato y tratándose de enmiendas no sustanciales. Es necesario precisar que el adicional exige la imposibilidad del cambio de contratista por razones económicas o técnicas, y que la modificación del contrato – cuando no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares – implique una alteración que no exceda, aislada o conjuntamente con

¹⁵ Según el artículo 204 de la LCSP 2017 no se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

otras modificaciones, del 50% de su precio inicial, IVA excluido.¹⁶

En el modelo peruano, las prestaciones adicionales de obra pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto contratado originalmente, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Porcentajes mayores a 15 y hasta 50 requieren autorización de la Contraloría General de la República, previo a su ejecución, en tanto que un adicional mayor al 50% del monto originalmente contratado supone la resolución del contrato, quedando el camino expedito para una nueva adjudicación por el saldo de obra.

Si bien la aprobación del adicional de obra requiere un acto resolutorio del titular de la entidad, los fundamentos técnicos que la sustentan están a cargo del supervisor de obra, quien en un plazo de cinco días contados a partir del día siguiente a su anotación en el cuaderno de obra evacúa su informe técnico, pronunciándose respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional. Si la opinión del supervisor es favorable, se elabora el expediente técnico del adicional de obra, el cual requiere su conformidad para su aprobación por la entidad. En todo caso, en un plazo de doce (12) días hábiles la entidad debe notificar al contratista el acto resolutorio sobre la prestación adicional de obra.

Tal cual sostuvimos con anterioridad, no queda duda de que la aprobación de un adicional de obra, debido a

¹⁶ En el supuesto de una modificación contractual prevista en el pliego, el tope de la variación es de hasta un máximo del veinte por ciento (20%) del precio inicial.



deficiencias en el expediente técnico o por circunstancias sobrevenidas a la formalización del contrato, genera indefectiblemente el incremento del valor primigenio de la obra.¹⁷ Así, el pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales, estando obligado el contratista a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Ahora bien, la ejecución de un adicional de obra puede requerir, en la mayoría de casos, la ampliación del plazo contractual, con la finalidad de que el contratista realice satisfactoriamente la entrega de la obra. Aquí entramos al análisis de la ampliación de plazo, cuya procedencia también va a tener repercusiones en el presupuesto de obra, aun cuando este modificado no se derive de una prestación adicional de obra.

En efecto, la demora en la ejecución de la prestación se configura como una causal para que el órgano de contratación pueda conceder una ampliación de plazo, sin perjuicio de las penalidades que proceda aplicar.¹⁸ Como puede observarse, la redacción del artículo 29 de la LCSP induce a pensar que cabe aplicar penalidades aun cuando la entidad otorgue una ampliación de plazo, situación que se aparta del tratamiento que otorga el sistema peruano a la ampliación de plazo, cuya aprobación anula la aplicación de penalidad porque entiende que la causa de ampliación no es imputable al contratista.

¹⁷ Es necesario indicar que la incorporación de nuevas partidas da origen a un adicional de obra. Sin embargo, la realización de mayores metrados no está considerado en el Perú como adicional de obra, razón por la que su ejecución en contratos de obra a precios unitarios requiere la autorización de la supervisión de obra, en tanto que para efectos del pago, se prevé la autorización de la entidad.

¹⁸ Al respecto, revítese el artículo 29 de la LCSP 2017.

A contrario sensu, si el contratista paraliza o retrasa la obra por causas imputables a él se extiende de facto el plazo de ejecución, pero se penalizan los días de retraso en función a fórmulas previstas en los documentos del procedimiento. Es por esta razón que el artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado prevé que *el contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual*.

Por lo tanto, queda claro que si el retraso es producto de acontecimientos no imputables al contratista y este ofrece cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que se solicite un plazo menor. El responsable del contrato, según lo que informa el artículo 195 de la LCSP, emitirá un informe donde se determine si el retraso es o no imputables al contratista.

La existencia de un informe a cargo del supervisor de obra o responsable del contrato supone que el otorgamiento de ampliación de plazo no es automática. Esto quiere decir que existe un procedimiento formal para su aprobación o rechazo. Así, en un contrato de obra, además de generarse una causal ajena a la voluntad del contratista, se exige que el retraso o paralización afecte la ruta crítica del programa de ejecución vigente al momento de solicitar la ampliación.

Son causales válidamente admitidas, por ejemplo, la ocurrencia de un fenómeno natural que paraliza la obra,



o la presencia de un conflicto social que impide la continuidad de la ejecución de alguna partida o componente del proyecto. Ambos supuestos no son imputables a ninguna de las partes contratantes. No obstante, hay supuestos habilitadores que si bien no son atribuibles al contratista sí lo son respecto a la entidad. Piénsese en un plazo adicional para la ejecución de una prestación adicional de obra aprobada o para la ejecución de mayores metrados en contratos sujetos a precios unitarios.

Naturalmente, se exige al ejecutor del contrato que precise en el cuaderno de obra el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinan una ampliación de plazo, así como el detalle del riesgo no previsto, señalando su efecto y los hitos afectados o no cumplidos.¹⁹ Ahora bien, ¿por qué una ampliación de plazo puede tener incidencia en el presupuesto o costo de la obra? Porque al ampliarse el plazo de ejecución la

¹⁹ Dentro de los (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, el contratista solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente. El inspector o supervisor emite un informe que sustenta técnicamente su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la Entidad y al contratista en un plazo no mayor de cinco días hábiles, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resuelve sobre dicha ampliación y notifica su decisión al contratista en un plazo máximo de (15) días hábiles, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe o del vencimiento del plazo, bajo responsabilidad. De no emitirse pronunciamiento dentro del plazo señalado, se tiene por aprobado lo indicado por el inspector o supervisor en su informe. Si dentro del plazo de (20) días hábiles de presentada la solicitud, la entidad no se pronuncia y no existe opinión del supervisor o inspector, se considera ampliado el plazo solicitado por el contratista.

entidad paga al contratista mayores costos directos y mayores gastos generales variables, directamente vinculados con la ampliación en que hubiera incurrido.²⁰

Lógicamente el contratista debe acreditar los gastos alegados, en tanto que el pago de los mismos está condicionado a la presentación de una nueva programación y su respectivo calendario de avance de obra valorizado actualizado, indicando la lista de hitos no cumplidos, el detalle del riesgo acaecido, considerando para ello solo las partidas que se han visto afectadas. Toda vez que lo accesorio sigue la suerte del principal, el aprobar una ampliación de plazo al contrato de ejecución de obra (contrato principal) conlleva la aprobación de ampliación en favor de la supervisión (contrato accesorio), teniendo ésta facultad para solicitar el pago de mayores gastos generales.

6. El diseño y construcción como alternativa de control

En los contratos de obra los problemas más resaltantes que tienen impacto en el aspecto presupuestal de las administraciones públicas son las deficiencias y omisiones del expediente técnico de obra, lo que origina el incremento de su costo debido a la necesidad de

²⁰ Los costos directos forman parte de aquellos conceptos que integren la estructura de costos de la oferta económica del contratista, mientras que los mayores gastos generales variables se determinan en función al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario.



ejecutar prestaciones adicionales solicitadas por el contratista ejecutor para cumplir con lo pactado. Un buen expediente técnico debería suponer una ejecución sin mayores contratiempos en los aspectos arquitectónicos y de ingeniería, pero además es una cuestión clave a la hora de decidir a quién habrán de imputarse los riesgos imprevistos que puedan aparecer durante la ejecución de las obras (Fernández, 2016).

De este modo, para evitar que el costo de la obra se incremente por la presencia de adicionales, resulta imprescindible generar un mecanismo de control que tenga como propósito convertir en excepción algo que en el Perú se ha vuelto la regla (presencia recurrente de adicionales), o que al menos se reduzca significativamente este riesgo, tomando en cuenta que el consultor de obra es un operador económico distinto al contratista ejecutor de la misma, quedando este último exento de responsabilidad alguna por el mal diseño del expediente técnico elaborado por el primero.

Precisamente, una de las formas para que el ejecutor de obra sea responsable por el diseño del proyecto es fomentar la utilización de la figura denominada "*design and build contract*" (diseño y construcción), ahí donde técnica y económicamente sea posible. La ejecución diseño-construcción involucra al contratista desde el inicio del diseño y éste provee opiniones de constructibilidad inherentes al proceso de diseño. El diseñador-constructor es la entidad legal que posee el detalle del diseño durante la construcción y, como resultado, es responsable frente al propietario por los costos, errores u omisiones que se produzcan durante la construcción (Bastias y Molenaar, 2010).

Al respecto, el "diseño y construcción" a cargo de un solo contratista está previsto en el considerando 8 de la

Directiva 24/2014/UE, cuando señala que dada la diversidad que presentan los contratos públicos de obras, es conveniente que los poderes adjudicadores puedan prever tanto la adjudicación por separado como la adjudicación conjunta de los contratos para el proyecto y la ejecución de las obras. Naturalmente, la norma comunitaria no impone una adjudicación separada o conjunta, sino que deja en manos de los poderes adjudicadores tal decisión, al entender que se trata de un acto de gestión interna que obedece a criterios técnicos, económicos y temporales.

A su turno, el artículo 13 de la LCSP 2017 precisa que son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I. Si bien la ejecución de la obra requiere la previa elaboración, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto, el artículo 231 de este cuerpo legal establece que *en el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra, la ejecución de esta quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto.*

Razón no le falta al legislador español cuando señala que el proyecto de obra, aprobado por el órgano de contratación, define con precisión el objeto del contrato. En efecto, la ejecución de cualquier obra se realiza respetando escrupulosamente el contenido del expediente técnico y de los documentos que sirvieron de base para la adjudicación. El expediente técnico, en resumen, se estructura en una serie de estudios (geología, geotecnia, hidrología, medio ambiente, estructuras, seguridad y salud en obra), memoria



descriptiva, presupuesto de obra, planos de conjunto y de detalle, programación y calendarización de la obra, entre otras prescripciones técnicas necesarias.²¹

El diseño y construcción a partir de la formalización de un solo contrato comporta importantes ventajas: En primer lugar, la subsunción de dos procedimientos de contratación en uno solo, reduce notablemente los plazos de la contratación en un 50%. De este modo, la conjunción del contrato en el área del diseño con el contrato en el área de la construcción (Espinoza, Cortez y Moza, 2009) redundaría en la puesta en funcionamiento de la obra con antelación, beneficiándose la ciudadanía en general.

En segundo lugar, la posibilidad de retraso en la conclusión de la obra es menor, tomando en cuenta que en un escenario de contratación separada la existencia de controversias en el contrato de consultoría para la elaboración del expediente técnico paralizaría la convocatoria del subsiguiente procedimiento de adjudicación para la ejecución de obra. Bajo esta lógica, el tiempo también se dilata ante una eventual declaratoria de nulidad o declaratoria de desierto del procedimiento de adjudicación de la consultoría en mención.

²¹ Una referencia al contenido del proyecto se encuentra en el artículo 233 de la LCSP 2017. Esta disposición agrega que cuando la elaboración del proyecto ha sido contratada íntegramente por la Administración, el autor o autores del mismo incurrirán en responsabilidad; asimismo, cuando el proyecto incluya un estudio geotécnico y el mismo no hubiera previsto determinadas circunstancias que supongan un incremento en más del 10% del precio inicial del contrato en ejecución, al autor o autores del mismo les será exigible la indemnización correspondiente.

En tercer lugar, la responsabilidad se concentra en un solo operador económico ante un escenario de elaboración de expediente técnico deficiente, con omisión de partidas y metrados, errores en los estudios de ingeniería, entre otras especificaciones técnicas que impactan desfavorablemente en la calidad de la obra. De esta manera, en este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista ejecutor frente al cliente o mandante (Prado, 2014).

En cuarto lugar, el “diseño y construcción” evita que las administraciones públicas desembolsen mayores recursos para pagar prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico. En efecto, al tratarse de un mismo contratista que elabora el expediente y ejecuta la obra, no hay razón para que éste solicite un adicional de obra por deficiencias de un expediente elaborado por él mismo. En cualquier caso, siendo el adicional necesario para cumplir la finalidad del contrato se ejecuta a riesgo y ventura del operador económico.

En quinto lugar, esta modalidad de ejecución permite, al menos en el modelo peruano, el *fast track*, entendido como la posibilidad de ejecutar la obra por tramos o partes, a partir de aprobaciones parciales del expediente técnico. En este supuesto, en el que la elaboración del expediente técnico y la ejecución física de la obra se superponen, el pago de las valorizaciones se efectúa con los precios unitarios contenidos en el presupuesto detallado de la oferta, en tanto se apruebe el presupuesto definitivo de obra.



En sexto lugar, se simplifica la tramitología de los órganos de contratación al estar frente a un solo procedimiento de adjudicación. La elaboración de pliegos de prescripciones técnicas particulares y demás documentos conexos suponen un solo esfuerzo, tan igual como el hecho de que para un solo contrato se requerirá una sola dirección facultativa.

Por cierto, la existencia de las ventajas descritas no supone que el diseño y construcción sea la panacea. Sin embargo, no compartimos el criterio del legislador español cuando en el artículo 234 de la LCSP le otorga a la contratación conjunta de ambas prestaciones un carácter excepcional, realizable en los supuestos siguientes: *i) Cuando motivos de orden técnico, ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra, obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras; ii) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas.*

En el sistema de contratación pública del Perú, por ejemplo, ha habido un ligero avance en la utilización del diseño y construcción, a partir de la última modificación legal. La definición oficial del *design and build contract* es "concurso – oferta", concebido como una modalidad de ejecución contractual al igual que la "llave en mano" (*turnkey contract*). La diferencia entre ambas estriba en que mientras el primero involucra dos prestaciones (elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra), en la segunda, el postor oferta la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio y,

de ser el caso, la elaboración del expediente técnico y/o la operación asistida de la obra.²²

Ahora bien, ¿si no hay expediente técnico de obra, en base a qué se licita el contrato? En el Perú se licita en base a un estudio básico de ingeniería o a un estudio de pre inversión, documentos equivalentes a lo que en España el artículo 234 de la LCSP denomina anteproyecto o documento similar. La certificación presupuestal se emite por el costo estimado de la obra contemplada en el anteproyecto, el cual puede variar tomando en cuenta que durante la elaboración del expediente técnico el contratista puede incorporar mayores metrados o nuevas partidas no contempladas en el anteproyecto.

Por lo tanto es usual que el expediente técnico consigne un presupuesto de obra mayor a lo licitado. En este escenario, para evitar que el contratista eleve los precios irracionalmente la norma le fija un techo porcentual (hasta el 15% del presupuesto licitado), por encima del cual requerirá autorización del órgano de control. Si tal

²² Si bien el artículo 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones sólo habilita a las entidades del gobierno nacional, y siempre que el valor de la contratación corresponda a una licitación (monto mayor o igual a S/. 1'800,000) y que por su naturaleza utilice el sistema de suma alzada, el artículo 220 introduce por primera vez en el régimen general el "concurso oferta" a precios unitarios, si bien no la denomina así, recogido del Reglamento de la Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, norma *ad hoc* diseñada por el Consejo de Ministros para las obras de reconstrucción afectadas por el fenómeno natural "El Niño Costero", ocurrido el año 2017.



incremento es igual o mayor al 50% del precio adjudicado, se resuelve el contrato. Lo importante, en todo caso, es entender que el expediente técnico puede contener nuevas partidas o mayores metrados no comprendidos en el anteproyecto, y que una vez aprobado por la entidad determina finalmente el costo de la obra y el plazo de ejecución.²³

Aprobado el expediente técnico de obra, se encuentra prohibida la autorización de prestaciones adicionales por errores o deficiencias del mismo; asimismo, no procede el reconocimiento de mayores metrados. En ambos supuestos, el contratista asume la responsabilidad y costo por la ejecución de los adicionales y/o los mayores metrados.

Es importante destacar que todo “diseño y construcción” supone contar con la supervisión necesaria, a fin de garantizar la elaboración de un adecuado expediente técnico y una correcta ejecución de obra, tratando de minimizar los riesgos que de por sí supone la implementación de infraestructuras de mediana y gran complejidad. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que frente al desarrollo de este tipo de contratos las entidades públicas deberán estructurar su supervisión contando con un interventor capaz de ejercer el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico de las actividades que desarrolla el contratista ejecutor de obra (Pinzón, 2016).

Conclusiones

La contratación pública representa en España el 9,6% del PIB, lo que equivale al 23,4% del gasto público,

²³ Artículos 219 y 222 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

según las últimas estimaciones de la OIRESCON. Si en un escenario de normalidad económica se exige cautelar el buen uso de los recursos comprometidos por el Estado, en un contexto de emergencia como el que estamos atravesando se justifica también la misma obligación de cautela, siendo indispensable fortalecer la supervisión de las contrataciones públicas, con el propósito de garantizar el cumplimiento adecuado del contrato, reduciendo al máximo los riesgos asociados a la ejecución contractual.

En el caso de una obra pública – dada su complejidad en la etapa de ejecución contractual y tomando en cuenta que involucra elementos constructivos, estudios de ingeniería, entre otros parámetros técnicos – reforzar la dirección facultativa se constituyen en un imperativo necesario para evitar ejecuciones deficientes o procesos constructivos que no respondan al diseño del proyecto. La supervisión adecuada de la obra también supondrá una administración responsable de los modificados, sobretodo de las prestaciones adicionales de obra y las ampliaciones de plazo, de forma tal que el presupuesto de obra inicial y el plazo de ejecución no varíen desmesuradamente.

Uno de los aspectos que merece especial atención es el papel que desempeña la supervisión de obra o la dirección facultativa de la misma. Debido a la trascendencia de las funciones que realiza el supervisor (vigilar la ejecución técnica, administrativa y económica de la obra), considero indispensable promover la alta profesionalización de los servidores y funcionarios que estén involucrados con la gestión del abastecimiento, así



como potenciar el control de la entidad sobre sus contratos de obra.

Precisamente, una de las formas de potenciar la supervisión de obra es cortar toda vinculación entre el contratista ejecutor de la obra y el contratista supervisor de la misma, tomando en cuenta que los conflictos de intereses y las corruptelas en la gestión del abastecimiento traen como consecuencia perjuicios económicos al Estado. Por lo tanto, se propone que si en una contratación para la supervisión de una obra un postor presenta dentro de su plantel técnico a uno o más profesionales que – durante los últimos cinco (5) años – formaron parte del equipo de profesionales de la empresa que va a ejecutar la obra, la oferta debería ser excluida por el órgano de contratación. Otra propuesta menos gravosa consistiría en que el órgano de contratación, ante un supuesto como el planteado, otorgue al postor la posibilidad de subsanación de oferta, a efectos de sustituir al profesional que tuvo vinculación con la ejecutora de la obra.

De otro lado, la formulación deficiente e irresponsable del expediente técnico de obra conduce necesariamente a una serie de problemas e inconvenientes durante la ejecución física del proyecto. Para reducir este riesgo que puede comprometer mayores presupuestos en perjuicio del erario público, se plantea una revisión exhaustiva del expediente hasta en tres momentos diferentes: una primera revisión minuciosa, acaso la más importante, previo a su aprobación por la entidad; un segundo replanteo antes de la aprobación del expediente de contratación para la licitación de la obra; y un tercer replanteo como condición necesaria para el inicio de la ejecución física de obra.

Las modificaciones del contrato después de su formalización pueden acarrear la variación del monto del

contrato original, sobretodo tratándose de ampliaciones del plazo contractual y de la ejecución de prestaciones adicionales de obra. Al respecto, la ampliación de plazo debe ser excepcional y sólo debe ser otorgado por caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo, para su aprobación por la entidad, se requiere que el hecho generador de la ampliación afecte la ruta crítica del programa de ejecución.

Finalmente, respecto a las prestaciones adicionales de obra no cabe duda que un expediente técnico mal formulado va a aumentar las posibilidades de adicionales durante la ejecución contractual. Sin embargo, un mecanismo eficaz para contrarrestar este riesgo sería la utilización de figuras como el "diseño y construcción", de tal forma que el contratista ejecutor de obra se haga también responsable por el diseño del proyecto. En este contexto, le está vedado al ejecutor plantear adicionales de obra por deficiencias de un expediente técnico por él elaborado. Si estos adicionales son indispensables, la ejecución y costo que ello implica son a riesgo y ventura del contratista.

Bibliografía

1. AYMERICH, Carlos (2019) "Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 53, págs. 306-343, Zaragoza.
2. BASTIAS, Alfonso y MOLENAAR, Keith (2010) "Modelo de aprendizaje para la selección de un proyecto diseño construcción (llave en mano) en



el sector público”. *Revista Ingeniería de Construcción*, Vol. 25, Nº1, abril de 2010, págs. 5-20.

3. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2019) *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*. Departamento de Promoción de la Competencia. Madrid.
4. CANALS, Dolors (2018) “El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública”. *Revista Galega de Administración Pública*, Nº 55, enero – junio 2018, págs. 409 – 444.
5. CAVERO, Jans (2019) “La Contratación Pública para la Reconstrucción con Cambios”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, Nº 18, Segundo Trimestre 2019, págs. 235-274. Castilla La Mancha (España).
6. ESPINOZA, Karla, CORTÉS, Brenda y MOZÁ, María (2009) *Clases de Contratos y Garantías sus Influencias, Beneficios y Perjuicios para el desarrollo de la Gestión de Proyectos Arquitectónicos*. San Salvador.
7. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2016) “Los riesgos imprevistos en el contrato de obras”. *Revista de Administración Pública*, Nº 201, Madrid, septiembre-diciembre (2016), págs. 203-217.

8. FUENTES-BARGUES, J. L., GONZÁLEZ-GAYA, C., GONZÁLEZ-CRUZ, M^a C. (2015) "La contratación pública de obras: situación actual y puntos de mejora". *Informes de la Construcción*, Vol. 67(537), enero – marzo 2015, págs. 1-9.
9. Gallego, Isabel (2018) "La disciplina de la modificación del objeto del contrato de la Ley 9/2017 de contratos del sector público". *Revista Galega de Administración Pública*, Nº 55, enero – junio 2018, págs. 351 – 378.
10. GIMENO FELIÚ, José (2019) "Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de Integridad y de Transparencia". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, Nº 9, enero-abril 2019, págs. 1 – 17.
11. GIMENO FELIÚ, José (2020) "La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP. Hacia una contratación socialmente responsable y de calidad". *Revista Economía Industrial*, Nº 415: Contratación Pública, 1er trimestre, año 2020, págs. 89 – 97.
12. HERNÁNDEZ, Aurora (2014) "Los contratos internacionales de construcción «Llave en Mano»". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, Nº 1 (Marzo 2014), págs. 161-235.



13. MÁRMOL, Gabriel (2013) "Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción". *Revista Academia & Derecho*, Nº 4 (7), julio-diciembre 2013, págs. 145-169.
14. MIRANZO, Javier (2018) *Los conflictos de interés tras las directivas de contratación de 2014*. Universidad Castilla La Mancha, págs. 1-14.
15. MORENO, J. A. (2017) "Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública". *Revista de Administración Pública*, Nº 204, págs. 343-373. Consultado en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.12> [Fecha última consulta: 10.06.2020].
16. Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (2019) *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*. (Diciembre de 2019). Madrid.
17. PINTOS, Jaime (2016) "En el camino de la consolidación de un derecho global de la contratación pública a través de los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental". *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, Nº 10, junio 2016, págs. 1-18.
18. PINZÓN, Oscar (2016) "Usos y prácticas en los contratos de ingeniería, procura y construcción". *Revista de Derecho Privado*, Nº 56, julio - diciembre de 2016, págs. 1-35. Universidad de Los Andes, Colombia.

19. PRADO, Arturo (2014) "El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, Nº 2, págs. 765 – 783.
20. RAZQUIN, Martín (2014) "Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: Aspectos clave y propuestas para su transformación en España". *Revista de Administración Pública*, Nº 196, Madrid, enero – abril (2015), págs. 97-135.
21. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2008) "Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas". *AFDUDC*, Nº 12, 2008, págs. 795-812.
22. VALCÁRCEL, Patricia (2001) "Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales". *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 14, septiembre-diciembre, págs. 227 – 251.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 25

Marzo 2021

<http://gabilex.castillalamancha.es>

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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social



de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS



Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.



VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana²⁴. El cuerpo del texto principal

²⁴ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con

se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

**IX. CITA DE REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos

discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en

cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.

- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la



información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

