

Nº 18
Segundo trimestre 2019

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 18. Junio 2019

**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 Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex 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 Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

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

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 Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

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

D. David Larios Risco

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

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	9
-------------------------------	---

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL INCUMPLIMIENTO POR EL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO DE 2016 DE LA REGULACIÓN SOBRE CAUDALES ECOLÓGICOS Y OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES.

D ^a María Soledad Gallego Bernad	15
---	----

LA DEMOLICIÓN DE INMUEBLE ORDENADA POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

D. Antonio J. Navarro Espejo	47
------------------------------------	----

LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN (II): LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza	109
----------------------------------	-----

EL OBJETIVO DEL CONTRATO PÚBLICO Y SU DIVISIÓN.

D. José Enrique Candela Talavero	175
--	-----

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS.

D. Jans Erik Cavero Cárdenas	235
------------------------------------	-----



COMENTARIOS DE SENTENCIAS

RESEÑA SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 47/2019, DE 8 DE ABRIL DE 2019, SOBRE LA FORMA DE REALIZACIÓN DE LA PRIMERA CITACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA AÚN NO PERSONADA, QUE ACUERDA QUE EN EL CASO MENCIONADO DEBIÓ MATERIALIZARSE POR CORREO CERTIFICADO CON ACUSE DE RECIBO AL DOMICILIO DESIGNADO POR LA ACTORA Y NO MEDIANTE LA DIRECCIÓN ELECTRÓNICA HABILITADA.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora..... 283

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 68/2019, DE 28 DE ENERO DE 2019, (Nº DE RECURSO: 4580/2017): LA LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE EN UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora..... 299

BASES DE PUBLICACIÓN..... 317

EDITORIAL

Siguiendo el criterio establecido por la OCDE en su Recomendación sobre Integridad Pública de 26 de enero de 2017, el sector público debería implementar sistemas de integridad, promover una cultura ética y ejercer el liderazgo necesario en este ámbito y, por último, demostrar una rendición de cuentas (accountability) real y efectiva.

Además, los sistemas de integridad a los que hace referencia la recomendación de la OCDE, deberían utilizar modelos de control interno y de gestión del riesgo, de forma similar a la metodología utilizada por las empresas del sector privado cuando establecen y gestionan sus sistemas de compliance.

Los códigos éticos son una pieza clave dentro de los sistemas o marcos de integridad. Su aprobación se torna necesaria en un contexto en el que cada vez más, el conjunto de la ciudadanía demanda mayores dosis de transparencia e integridad institucional frente a los casos de corrupción.

El buen gobierno y el derecho a la buena administración, como derecho de los ciudadanos exigen adoptar instrumentos que garanticen su cumplimiento, como es el diseño de una infraestructura ética dentro de un marco de integridad institucional, en el que la elaboración, aprobación y evaluación de un código ético se convierte en una pieza clave.



La finalidad pretendida, no es otra que, promover la ejemplaridad a través de la integridad, trasladando de manera transversal los valores y principios a las políticas que conforman la agenda del sector público, es decir, a la gestión, preservar la imagen de la institución, y fundamental, recuperar la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

Otra pieza clave dentro de los marcos de integridad en el sector público, lo constituye el canal de denuncia.

En el ámbito privado, los sistemas de denuncias internas son una clara exigencia directa de programas de compliance y han ido proliferando, desde que, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La Unión Europea ha dado un paso importante al aprobar el pasado 16 de abril, la Directiva de Protección a los Denunciantes de Corrupción (conocidos en inglés como «whistleblowers»).

De este modo, se pretende proteger a todos aquellos denunciantes que informen sobre corrupción o fraudes en materia de fraude fiscal; blanqueo de capitales; contratación pública; seguridad en los productos y el transporte; protección al medio ambiente; salud pública; protección de los consumidores y protección de datos. Y lo más importante de todo, prohíbe cualquier represalia contra quienes se atrevan a sacar a la luz irregularidades en empresas privadas y organismos públicos.

En el sector público están sujetas "*todas las entidades jurídicas públicas, incluidas las entidades que sean propiedad o estén sujetas al control de una entidad jurídica pública*" (art. 8.9 Directiva). No obstante, se permite a los Estados eximir de la obligación de

establecer cauces internos de denuncia a los municipios de menos de diez mil habitantes o con menos de cincuenta empleados, así como a otras entidades del sector público con menos de cincuenta empleados.

Sin lugar a dudas, la Directiva constituye un hito en temas de ética e integridad, ensalzando el canal de denuncia en pilar fundamental de la estructura de un marco de integridad.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL INCUMPLIMIENTO POR EL PLAN HIDROLOGICO DEL TAJO DE 2016 DE LA REGULACIÓN SOBRE CAUDALES ECOLÓGICOS Y OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES

“JUDGEMENTS OF THE SUPREME COURT ON THE
INFRINGEMENT OF ENVIRONMENTAL FLOWS AND
OBJECTIVES REGULATION IN THE TAGUS RIVER
BASIN MANAGEMENT PLAN OF 2016”

María Soledad Gallego Bernad

Abogada Medioambiental (España)

Resumen: En el Derecho español los «caudales ecológicos» son una medida fundamental para la consecución de los objetivos medioambientales que deben establecerse en los Planes hidrológicos para todas las masas de agua superficiales conforme a la Directiva Marco del Agua. Según cinco sentencias dictadas por el Tribunal Supremo entre marzo y abril de 2019, esta obligación ha sido incumplida en el Plan Hidrológico del Tajo del segundo ciclo (2015-2021) aprobado por Real Decreto 1/2016. El Tribunal anula las disposiciones sobre caudales ecológicos y objetivos medioambientales de dicho Plan por vulnerar la legislación vigente. Por lo tanto, deben aprobarse medidas adicionales transitorias y urgentes, que solucionen o reduzcan dicho incumplimiento hasta la entrada en vigor, a partir de diciembre de 2021, de la revisión del Plan hidrológico del



tercer ciclo (2021-2027) que apruebe los caudales ecológicos y objetivos ambientales conforme a la legislación infringida.

Palabras clave: caudales ecológicos, objetivos medioambientales, Directiva Marco del Agua, río Tajo, planes hidrológicos de cuenca, medidas adicionales transitorias.

Abstract: In Spanish law, "ecological flows" are a fundamental measure for achieving the environmental objectives that must be established in the River basin management plans for all surface water bodies according to the Water Framework Directive. According to five judgments issued by the Supreme Court between March and April 2019, this obligation has been breached in the Tagus River basin management plan of the second cycle (2015-2021) approved by Royal Decree 1/2016. The Court annuls the provisions on ecological flows and environmental objectives of said Plan for infringement of the current legislation. Therefore, additional and urgent interim measures must be approved, to solve or reduce said noncompliance until the entry into force, on December 2021, of the review and updating of the river basin management plan for the third cycle (2021-2027) that approves the ecological flows and environmental objectives according to the infringed legislation.

Key words: ecological flows, environmental objectives, Water Framework Directive, Tagus river, River basin management plans, additional interim measures.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: LOS CAUDALES ECOLÓGICOS Y OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES EN EL DERECHO INTERNO Y DE LA UNIÓN EUROPEA.- II. LOS CAUDALES ECOLÓGICOS EN LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA DE LA CUENCA DEL TAJO DE 2014.- III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PÉRDIDA DE



OBJETO DEL RECURSO CONTRA EL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO DEL PRIMER CICLO (2009-2015).- IV. SENTENCIAS ANULATORIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS Y OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES DEL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO 2015-2021.- 1. Declaración de nulidad por el incumplimiento de la obligación de aprobar en el Plan Hidrológico del Tajo un régimen de caudales ecológicos completo con carácter vinculante para el horizonte temporal del Plan (2015-2021) para todas las masas de agua tipo río de la cuenca.-A) *Artículos anulados de la Normativa del Plan 2015-2021 sobre caudales ecológicos.*- B) *Pronunciamiento de las sentencias del Tribunal Supremo sobre la omisión del establecimiento de caudales ecológicos en todas las masas del Plan, y específicamente en las del río Tajo.*- 2. Incumplimiento de la obligación de establecer en el Plan Hidrológico del Tajo 2015-2021 los objetivos medioambientales de las masas de agua conforme a lo regulado en la Directiva 2000/60/CE Marco del Agua.- V. CONCLUSIÓN: MEDIDAS A ADOPTAR DESDE LA FIRMEZA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD EN ABRIL DE 2019 Y LA ENTRADA EN VIGOR A PARTIR DE DICIEMBRE DE 2021 DE LA NUEVA REVISIÓN DEL PLAN HIDROLÓGICO (2021-2027), QUE ESTABLEZCA OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES Y CAUDALES ECOLÓGICOS CONFORME A LA NORMATIVA INFRINGIDA.



I. INTRODUCCIÓN: LOS CAUDALES ECOLÓGICOS Y OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES EN EL DERECHO INTERNO Y DE LA UNIÓN EUROPEA.

El artículo 1.a de la Directiva marco del Agua (Directiva 2000/60/CE, DMA) indica que: *«el objeto de la presente Directiva es establecer un marco para la protección de las aguas que... prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos, y con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos»*.

Objetivo general que recoge el Derecho español (arts. 40.1 y 92.a Real Decreto Legislativo 1/2001 TRLA) y del que la jurisprudencia ha dicho que: *«el artículo 40.1 de la Ley de Aguas ubica como primer objetivo de la planificación el de "conseguir el buen estado y la adecuación protección del dominio público hidráulico y de las aguas", aspecto de evidente y legal relevancia»* (STS de 23 de septiembre de 2014, rec. 582/2012, STS 3720/2014, FJ 5º).

Según la Directiva, para conseguir una adecuada protección de las aguas se deben alcanzar una serie de objetivos medioambientales, para los que deben ponerse en práctica programas de medidas especificados en los planes hidrológicos. En las aguas superficiales estas medidas deben:

- a) Prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficiales¹.

¹ Artículo 4.1.a.i DMA, de la Directiva 2000/60/CE, artículo 92 bis.1.a.a' TRLA y artículo 35.a.a' del Real Decreto 907/2007, RPH

- b) Proteger y mejorar todas las masas de agua superficial con el objeto de alcanzar un buen estado o potencial ecológico y un buen estado químico de las mismas, a más tardar en 2015².
- c) Y en el caso de las zonas protegidas (entre las que se incluyen los espacios de la Red Natura 2000 y humedales Ramsar) deben cumplirse los objetivos anteriores antes de 2015 (sin posibilidad de prórrogas ni excepciones), y además las exigencias de las normas de protección que resulten aplicables en dichas zonas, y por tanto, los objetivos ambientales particulares que en ellas se determinen³.

El artículo 4 apartado 4 de la Directiva establece que los plazos podrán prorrogarse para la consecución progresiva de los objetivos, siempre que no haya nuevos deterioros del estado de la masa afectada y se cumplan todas las condiciones establecidas en dicho artículo. Sin embargo, el artículo 4.1.c de la Directiva no contempla la posibilidad de excepciones al cumplimiento de todos los objetivos para las zonas protegidas a más tardar en 2015 (a diferencia del artículo 4.1.a y b, que si contempla expresamente prórrogas y excepciones para las masas de agua fuera de las zonas protegidas).

Estos objetivos medioambientales deben fijarse para cada una de las masas de agua superficial de la cuenca tipo río, identificándose, para cada una de ellas, las medidas necesarias para conseguir que se cumplan: *«los Estados miembros velarán por que se establezca para*

² Artículo 4.1.a.ii y iii DMA, artículo 92 bis.1.a.b', 92 bis.1.d y disposición adicional undécima.1.a TRLA, y artículo 35 apartados a.b' y d RPH.

³ Artículo 4.1.c DMA, artículo 92 bis.1.c TRLA, y artículo 35.c RPH.



cada demarcación hidrográfica, o para la parte de una demarcación hidrográfica internacional situada en su territorio, un programa de medidas, teniendo en cuenta los resultados de los análisis exigidos con arreglo al artículo 5, con el fin de alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 4» (artículo 11.1 DMA y artículo 92 quáter, 43.1 y 2 RPH).

Una de las medidas fundamentales para prevenir el deterioro de las masas de agua superficiales y conseguir el buen estado o potencial ecológico de las mismas, es el establecimiento de un régimen de caudales ecológicos.

La aplicación efectiva de un régimen adecuado de caudales ecológicos vinculados al objetivo de buen estado o potencial ecológico y a los objetivos ambientales particulares de las zonas protegidas, es por tanto, una medida clave o esencial. El régimen de caudales ecológicos juega, en este sentido, un papel fundamental en la funcionalidad y estructura de los ecosistemas acuáticos y ecosistemas terrestres asociados, y se encuentra entre los indicadores del estado ecológico establecidos en la Directiva en relación a los objetivos medioambientales en las masas superficiales tipo río (apdo. 1.1.1 Anexo V de la Directiva 2000/60/CE).

En el Derecho español la principal medida para la consecución de los objetivos medioambientales de las masas de agua superficiales son los «caudales ecológicos» o «caudales ambientales». Estos caudales ecológicos tienen como finalidad legal la «conservación y recuperación del medio natural» así como mantener «como mínimo la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río, así como su vegetación de ribera» (artículo 42.1.b.c' TRLA) considerándose como una «restricción» o «limitación

previa» que se impone con carácter «general» o «preferente» a los sistemas de explotación (arts. 59.7 y 98 TRLA y artículo 26 de la Ley 10/2001). Su carácter instrumental respecto de los objetivos medioambientales se recoge expresamente en el Reglamento de Planificación que además de definir el régimen de caudales ecológicos como el que «permite mantener de forma sostenible la funcionalidad y estructura de los ecosistemas acuáticos y de los ecosistemas terrestres asociados», lo define como «el caudal que contribuye a alcanzar el buen estado o buen potencial ecológico en los ríos» (artículo 3.j y artículo 18.2 RPH).

En la exposición de motivos del Real Decreto 638/2016, de 9 de diciembre, por el que se modificó el Reglamento del Dominio Público Hidráulico en materia de caudales ecológicos, se reconoce que *«el régimen de caudales ecológicos es un requisito «sine qua non» para la consecución de los objetivos de protección previstos en el artículo 92 del TRLA, al ser un instrumento que contribuye a prevenir el deterioro, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, así como de los ecosistemas terrestres y humedales asociados»*.

La determinación o fijación del régimen de los caudales ecológicos es uno de los contenidos obligados del plan hidrológico de cuenca⁴.

Como se trata de un instrumento necesario para el cumplimiento de los objetivos medioambientales y estos deben establecerse para «todas» las masas de agua, consecuentemente los caudales ecológicos deben también fijarse con el mismo alcance para todas las masas de agua superficiales tipo río. Así lo recoge la

⁴ Artículos 42.1.b.c' y 59.7 TRLA, artículo 26 de la Ley 10/2001 y artículo 18 RPH.



Instrucción de planificación hidrológica al señalar que «el ámbito espacial para la caracterización del régimen de caudales ecológicos se extenderá a todas las masas de agua superficial clasificadas en la categoría de ríos o aguas de transición» (apartado 3.4.1.2 de la Orden ARM/2656/2008, IPH).

Según el Tribunal Supremo los caudales ecológicos persiguen un objetivo ecológico en consonancia con la Directiva 2000/60/CE., y su fijación es un fin relevante en la planificación hidrológica, por lo que deben fijarse para todas las masas de agua, incluso las que estén en buen estado, siendo este un contenido obligatorio de los Planes (STS de 21 de enero de 2015, Sala 3ª, rec. 278/2013; FD 21º, 23º y 24º).

Al mismo tiempo, según el apartado 3.4.1.3.1. de la IPH para alcanzar los objetivos anteriores, el régimen de caudales ecológicos en los ríos deberá incluir, al menos, los siguientes componentes: a) Caudales mínimos, b) Caudales máximos, c) Distribución temporal de caudales mínimos y máximos, d) Caudales de crecida, e) Tasa de cambio; pues cada uno de ellos cumple una finalidad específica.

Sin embargo, el Plan Hidrológico del Tajo aprobado mediante Real Decreto 1/2016, y anteriormente el Plan Hidrológico del Tajo aprobado por Real Decreto 270/2014, establecieron solo el componente de los caudales ecológicos mínimos y distribución estacional para 16 masas tipo río de la cuenca consideradas estratégicas (5%), y además para otras 3 masas estratégicas del río Tajo en los tramos de Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina, aprobaron un caudal mínimo, no ecológico, en sustitución de los caudales mínimos ecológicos mayores que había establecido el

Esquema de Temas Importantes de 2010 para dichas masas.

II. LOS CAUDALES ECOLÓGICOS EN LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA DE LA CUENCA DEL TAJO DE 2014.

El primer Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo fue aprobado mediante el Real Decreto 1664/1998, de 24 de junio, siendo publicado su contenido normativo en la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999. Fue elaborado al amparo de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

Dicho Plan establecía una serie de demandas medioambientales para 14 tramos de río, incluidos 10 m³/s para el río Tajo en Toledo, que fueron establecidos sin estudios específicos, y no tenían la consideración de caudales ecológicos.

Para el Tajo en Aranjuez se estableció una demanda "ex lege" de 6 m³/s, también sin base en estudio alguno, derivada de la Disposición adicional 1^a de la Ley 52/1980, de 16 de octubre, de regulación del régimen económico de la explotación del acueducto Tajo-Segura, que establece que se garantizará un caudal no inferior a 6 m³/s en el río Tajo antes de su confluencia con el Jarama (Aranjuez). Caudal que por tanto puede superarse si así lo determina la planificación de la cuenca cedente del Tajo. Debe recordarse que el artículo 12.2 de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional establece que «toda transferencia se basará en los principios de garantía de las demandas actuales y futuras de todos los usos y aprovechamientos de la cuenca cedente, incluidas las restricciones medioambientales».



El 23 de octubre de 2000 se aprobó la Directiva 2000/60/CE (Directiva marco del agua) del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política del agua, que supone una nueva configuración de la planificación hidrológica en sus objetivos, métodos, medidas y seguimiento.

La Directiva Marco del Agua establece un ciclo de planificación que se revisa o actualiza cada seis años. El primer ciclo comprendía el periodo 2009-2015. Sin embargo, el Plan Hidrológico del Tajo del primer ciclo fue aprobado casi al final de ese periodo, mediante el Real Decreto 270/2014, de 11 de abril, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Tajo, y su parte normativa [«BOE» núm. 89, de 12 de abril de 2014, páginas 30535 a 30638].

Los caudales ecológicos del río Tajo sufrieron diversas vicisitudes en el procedimiento de elaboración del Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo del primer ciclo 2009-2015 (Real Decreto 270/2014), cuya tramitación se inició el 23 de julio de 2007 con la consulta pública de los documentos iniciales.

La Confederación Hidrográfica del Tajo aprobó el 3 de noviembre de 2010 el «Esquema de Temas Importantes» (ETI) exigido por el artículo 14.1.b de la Directiva, al que prestó su conformidad el Comité de Autoridades Competentes. En el mismo, se establecieron caudales ecológicos mínimos trimestrales para veinte masas de agua calificadas como “estratégicas” en la cuenca, entre las que se incluían cuatro tramos del río Tajo en Almoguera, Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina, con valores de 10,37 m³/s, 10,86 m³/s, 14,10 m³/s y 15,92 m³/s, respectivamente.

El 20 de octubre de 2011 se publicó en la página web de la Confederación Hidrográfica del Tajo el primer borrador del Plan Hidrológico de cuenca, que establecía los mismos caudales ecológicos mínimos trimestrales para el río Tajo que el ETI de 2010. Este borrador fue retirado a los dos días, por las presiones en contra de un incremento de los caudales circulantes por el río Tajo, que provendrían de los embalses de Cabecera (Entrepeñas y Buendía) disminuyendo los excedentes trasvasables a otras cuencas desde dichos embalses, en aplicación de la prioridad legal de la cuenca cedente.

Debido al establecimiento de estos caudales ecológicos en el río Tajo, el proceso de planificación de la cuenca fue paralizado durante casi dos años, hasta que se sometió a información pública en el BOE el proyecto de Plan en marzo de 2013, que suprimió los caudales ecológicos en el río Tajo y los sustituyó por el caudal mínimo circulante, no ecológico, de 6 m³/s en Aranjuez, y 10 m³/s en Toledo y Talavera de la Reina. En ese intervalo, se dictó la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2012, asunto C-403/11 que declaró que el Reino de España había incumplido la Directiva 2000/60/CE, al no haber adoptado, a 22 de diciembre de 2009, entre otros, el plan hidrológico de cuenca del Tajo.

No se proporcionó ninguna justificación dentro del borrador del Plan para la supresión de los caudales ecológicos determinados por la planificación hidrológica para el río Tajo, sin embargo el entonces Presidente de la Región de Murcia manifestó en la sesión del 17 de abril de 2013 en la Asamblea Regional de Murcia que había



sido su gobierno el que había presionado para la supresión de estos caudales ecológicos⁵.

El 11 de abril de 2014 el Consejo de Ministros adoptó el Real Decreto 270/2014, de 11 de abril, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Tajo del primer ciclo (2009-2015), que materializó la supresión de los caudales ecológicos en el río Tajo.

⁵ Diario de Sesiones de la Asamblea de Murcia de 17 de abril de 2013. Págs. 2953 y 2954: «¿Y ahora se preocupan por 400 hectómetros? (...) repito, a mí no me gustan, y exigimos contrapartidas. El memorándum precisamente lo que recoge son las contrapartidas. (...) ¿Pero saben cuál es el problema de fondo que aquí nadie quiere tocar? El de los caudales ecológicos. (...) (...). Eso era letal, esa era la medida letal. Y se están ustedes preguntando ¿y durante este año qué hacía Valcárcel? ¿Pues qué cree usted que hacía Valcárcel? Tumbár esto. (...) Nos dedicamos a hacer lo que había que hacer, y era, efectivamente, acabar con esa posibilidad. (...)“borrador del plan de cuenca del Tajo del año 2011”, esto es de ustedes, está aquí. Borrador del plan de cuenca del año 2012, los mismos caudales ecológicos. Borrador del plan de cuenca del año 2013, se acabó. Río Tajo en Aranjuez, 6 metros cúbicos, no 10,90. Río Tajo por Toledo, 10 metros cúbicos, no 14... casi 15. Río Tajo por Talavera de la Reina, 10 metros, no los 17»

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PÉRDIDA DE OBJETO DEL RECURSO CONTRA EL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO DEL PRIMER CICLO (2009-2015).

El 4 de junio de 2014 varias organizaciones sociales y medioambientales de la cuenca del Tajo, junto con varios municipios ribereños de Entrepeñas y Buendía, interpusieron recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Supremo (recurso nº 400/2014) contra el Plan Hidrológico del Tajo del primer ciclo (2009-2015) aprobado con un retraso de 5 años por el Real Decreto 270/2014, de 11 de abril, lo cual hizo que apenas tuviera año y medio de vigencia.

Dicho recurso fue tramitado en todas sus fases, pero tras las conclusiones, se aprobó el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, que revisó y derogó el Plan objeto del recurso, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo nº 1507/2016 de 22 de junio de 2016 declaró la pérdida de objeto del recurso, sin entrar al fondo del asunto, indicando en su Fundamento de Derecho Octavo «que la tutela judicial invocada queda satisfecha no sólo por lo ya dicho, sino por la posibilidad de impugnar el Real Decreto 1/2016, lo que se ha hecho ya en el recurso 1/4351/2016 por los ahora demandantes».

De igual manera, quedó sin objeto el recurso número 402/2014 interpuesto por el Ayuntamiento de Toledo ante el Tribunal Supremo contra el Plan Hidrológico del Tajo del primer ciclo.

En ambos recursos los demandantes alegaban el incumplimiento de la obligación de establecer los caudales ecológicos conformes con la legislación vigente al reducir su fijación solo a los caudales mínimos ecológicos de 16 masas de agua (5% de la cuenca), y



haber postergado la completa exigibilidad del resto al ciclo 2015-2021. También se incidía en el incumplimiento de la obligación de fijar en las 4 masas estratégicas del río Tajo en Almodovar, Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina, caudales ecológicos mínimos y su distribución temporal, que habían sido sustituidos por caudales mínimos, no ecológicos.

La parte demandada y codemandada en dichos recursos, la Administración General del Estado y el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, se había opuesto a los mismos argumentando, que contrariamente a lo indicado por la propia Confederación Hidrográfica del Tajo y lo establecido en el ETI de 2010, el caudal mínimo de 6 m³/s en el Tajo en Aranjuez podía considerarse un caudal mínimo ecológico adecuado para este tramo, en base al informe de un experto contratado para este y otros estudios por dicho Sindicato.

Sin embargo el informe pericial de un reputado experto en caudales ecológicos aportado por los demandantes, corroboraba que los caudales de 6 m³/s y 10 m³/s fijados en el Plan hidrológico para el río Tajo en Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina, no son caudales ecológicos, e indicaba que los caudales mínimos ecológicos más adecuados para la consecución en el río Tajo de los objetivos ambientales, mantener de forma sostenible la funcionalidad y estructura de los ecosistemas acuáticos y terrestres asociados, y contribuir a que los hábitats y especies vinculados al agua de los espacios protegidos del río Tajo alcancen un estado de conservación favorable, deberían ser al menos de 13,71 m³/s en Almodovar, 14,06 m³/s en Aranjuez, 26,52 m³/s en Toledo y 30,41 m³/s en Talavera de la Reina, debiendo incluirse en el régimen una variación temporal similar a la del régimen natural en cuantía y periodicidad.

Pero ante la pérdida de objeto de este recurso la decisión sobre estas cuestiones quedó pospuesta a la sentencia que recayera en el Plan hidrológico del segundo ciclo, que regulaba los caudales ecológicos de la cuenca del Tajo de forma idéntica al Plan del primer ciclo.

IV. SENTENCIAS ANULATORIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS Y OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES DEL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO 2015-2021.

El 10 de marzo de 2016 las mismas organizaciones sociales y medioambientales de la cuenca del Tajo y los municipios ribereños de Entrepeñas y Buendía, interpusieron un nuevo recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo (recurso nº 4351/2016) contra el Plan Hidrológico del Tajo del segundo ciclo (2015-2021) aprobado por el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero (Anexo V) que aprobaba la revisión de este y otros 11 planes hidrológicos.

También presentaron otros recursos contra dicho Plan hidrológico, alegando el incumplimiento de las obligaciones sobre caudales ecológicos, los Ayuntamientos de Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina, así como la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

El Plan Hidrológico del Tajo de 2016 reproducía en gran medida el contenido del Plan Hidrológico de 2014, prolongando la aplicación de unos preceptos reglamentarios aquejados de los mismos incumplimientos del derecho de la Unión Europea y del ordenamiento interno, según los demandantes, en



relación a los caudales ecológicos y objetivos medioambientales.

El primer recurso fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, nº 309/2019 de 11 de marzo de 2019 (Rec. 4351/2016), que en lo que interesa a efectos del presente trabajo, en el Fundamento de Derecho 2º, así como en el Fallo de la sentencia, se pronuncia sobre el incumplimiento de la obligación de establecer caudales ecológicos y anula por ello varios artículos del Plan Hidrológico del Tajo de 2016, por considerar que vulneran la legislación vigente, que parte de la Directiva marco del Agua (Directiva 60/2000/CE).

Además, entre marzo y abril de 2019 fueron dictadas otras cuatro sentencias más por el Tribunal Supremo, que declaran la nulidad de los mismos artículos del Plan Hidrológico del Tajo en relación con los caudales ecológicos, y que además, el establecimiento de los objetivos medioambientales en el Plan vulnera también la Directiva 2000/60/CE Marco del Agua (DMA) y su normativa de transposición, anulando el establecimiento de objetivos medioambientales en todas las masas de agua de la cuenca del Tajo.

La relación del resto de sentencias recaídas es la siguiente:

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, nº 339/2019 de 14 de marzo de 2019 (Rec. 4430/2016), Ayuntamiento de Talavera de la Reina: FD 2º, 3º, 13º a 18º (caudales ecológicos) y FD 4º a 12º (objetivos medioambientales).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, nº 340/2019 de 14 de marzo de 2019 (Rec. 4482/2016), Ayuntamiento de Aranjuez: véase FD 2º, 3º, 13º a 18º

(caudales ecológicos) y FD 4º a 12º (objetivos medioambientales).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, nº 387/2019 de 21 de marzo de 2019 (Rec. 4398/2016), Ayuntamiento de Toledo: véase FD 2º, 3º, 13º a 18º (caudales ecológicos) y FD 4º a 12º (objetivos medioambientales).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, nº 444/2019 de 2 de abril de 2019 (Rec. 4400/2016), Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha: véase FD 3º Submotivo primero, segundo y tercero (caudales ecológicos) y FD 3º Submotivo octavo, noveno y décimo (objetivos medioambientales).

Las cinco sentencias referidas han devenido firmes (contra ellas no cabía recurso). Entre el 19 de abril y 24 de mayo de 2019 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Fallo judicial de las sentencias correspondientes a los recursos de los Ayuntamientos de Toledo, Talavera de la Reina, Aranjuez y Grupos de la Red del Tajo.

1. DECLARACIÓN DE NULIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE APROBAR EN EL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO UN RÉGIMEN DE CAUDALES ECOLÓGICOS COMPLETO CON CARÁCTER VINCULANTE PARA EL HORIZONTE TEMPORAL DEL PLAN (2015-2021) PARA TODAS LAS MASAS DE AGUA TIPO RÍO DE LA CUENCA.

Las cinco sentencias del Tribunal Supremo referidas declaran la nulidad del art. 9.1, 3, 5, 6, y 7, en relación con los apéndices 4.1, 4.2 y 4.3, así como el art. 10.2 en un determinado inciso, de las Disposiciones normativas



(Anexo V) del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Tajo (PHT), del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero.

A) Artículos anulados de la Normativa del Plan 2015-2021 sobre caudales ecológicos.

El Plan recurrido establecía en el artículo 9.1 de la Normativa que «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.1 del RPH, se fija el régimen de caudales ecológicos mínimos en condiciones ordinarias para las masas de agua estratégicas que se relacionan en la Tabla 1 del apéndice 4, con los valores trimestrales que se indican en la Tabla 2 del apéndice 4, en situaciones de normalidad hidrológica».

En total, 20 masas tipo río, quedando el 95% restantes excluidas de la fijación de caudales mínimo ecológicos en el horizonte temporal del Plan.

A su vez, en el artículo 9.3 de la Normativa y la Tabla 3 del apéndice 4, a diferencia de las otras 16 masas estratégicas, se excluía incluso del régimen de caudales mínimos ecológicos a las 4 masas estratégicas del río Tajo, fijándose para 3 de ellas (Aranjuez, Toledo y Talavera) caudales mínimos circulantes, no ecológicos, sin variabilidad estacional, y omitiendo fijar caudal mínimo alguno, ni circulante, ni ecológico, para la masa estratégica del río Tajo en Almodovar.

Así mismo, el artículo 10.2 de la Normativa indica que en la Memoria del Plan (Anejo 5) se incluyen «a efectos solamente indicativos» los resultados de unos estudios previos sobre caudales mínimos, máximos, tasas de cambio y caudales de generación, que sin embargo «no serán exigibles en el horizonte temporal del presente Plan». Previsión que reitera el artículo 12 de la

Normativa cuando indica que «los únicos regímenes de caudales ecológicos exigibles para el horizonte temporal del presente Plan serán los recogidos en dicho apéndice 4».

Esta regulación de los caudales ecológicos era idéntica a la que establecían los artículos 13, 14, 17 y Anejo VI de la Normativa del anterior Plan Hidrológico del Tajo 2009-2015 (Real Decreto 270/2014), con la diferencia de que este indicaba en el artículo 14.2 que «teniendo en cuenta estos datos, en la siguiente revisión del Plan, que deberá tener lugar antes del 31 de diciembre del 2015, los regímenes de caudales ecológicos deberán revisarse, completarse y quedar implantados, en la forma que resulte procedente».

Sin embargo, a pesar de lo indicado en el Plan Hidrológico de 2014, los artículos 9, 10.2 y 12 y apéndice 4 de la Normativa del nuevo Plan Hidrológico 2015-2021 aprobado por Real Decreto 1/2016, mantuvieron la misma regulación e incumplimientos que el Plan anterior, prolongándolos todavía más en el tiempo, y al menos, por otro ciclo más de planificación.

En el artículo 9.5 de la Normativa se detallaba que hasta el 1 de enero de 2019 podía retrasarse la elaboración de una propuesta de extensión del régimen de caudales a determinadas masas según su mal estado o deterioro, incluidas las que estén en Red Natura 2000, y esta propuesta se aprobaría en la siguiente revisión del Plan (2021-2027). Sin embargo, a fecha 1 de enero de 2019, y en el momento de dictarse las sentencias del Tribunal Supremo, tres meses después, no se había propuesto extensión del régimen de caudales alguna.

Y esto a pesar de que los estudios específicos que permiten determinar los caudales mínimos ecológicos,



distribución temporal, caudales de crecida y tasas de cambio para todas las masas de agua de la cuenca del Tajo están realizados desde el primer ciclo de planificación 2009-2015, así como los caudales máximos para 23 masas de agua, y las necesidades de agua para al menos 2 lagos y zonas húmedas.

B) Pronunciamento de las sentencias del Tribunal Supremo sobre la omisión del establecimiento de caudales ecológicos en todas las masas del Plan, y específicamente en las del río Tajo.

Frente a esta regulación y omisiones del Plan Hidrológico del Tajo, las sentencias del Tribunal Supremo interpretan cuál es el alcance de la obligación de establecer regímenes de caudales ecológicos en los planes hidrológicos y declaran que esta obligación se extiende a todas las masas de agua tipo río del ámbito de aplicación y debe comprender todos los componentes de dicho régimen (no solo caudales mínimos ecológicos, sino también caudales máximos, distribución temporal, caudal generador y tasas de cambio).

De manera resumida, el Tribunal Supremo indica (véase FD 2º STS 11 marzo 2019, rec. 4351/2016, Grupos del Tajo), respecto del incumplimiento de la obligación de establecer unos caudales ecológicos conformes a la legislación vigente que *«un caudal ecológico es aquél que mantiene como mínimo la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río, así como su vegetación de ribera»* (artículo 42.1.b.c de la Ley de Aguas), añadiendo que *«los caudales ecológicos deben contribuir a alcanzar el buen estado o buen potencial ecológico»* en los ríos o en las aguas de transición. Es decir, según el Tribunal Supremo, un caudal ecológico es *«aquel que evita la degradación ambiental del curso de agua, su cauce y su ribera»*.

Recalca el Alto Tribunal que *«la normativa estatal sobre Planes Hidrológicos de cuenca parte de la Directiva marco del Agua (Directiva 60/2000/CE), transpuesta por la Ley 62/2003»*, que en su artículo 4 establece unos objetivos medioambientales a tener en cuenta en los Planes Hidrológicos, que son *«Prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficial y Proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial»*.

A la vista de ello el Tribunal Supremo afirma *«no le falta razón a la parte recurrente en su planteamiento, pues, en efecto, de todos los componentes del régimen de caudales ecológicos que deben establecerse, según el apartado 3.4.1.3.1. de la IPH, para las 309 masas tipo río de la cuenca del Tajo, el Plan Hidrológico del Tajo de 2016 ha reducido su fijación solo a los caudales mínimos ecológicos, y estos solo para 16 masas, un 5% de las masas tipo río, que denomina «estratégicas»*.

Añade que, a su vez, *«a diferencia de las otras 16 masas estratégicas, se excluye incluso del régimen de caudales mínimos ecológicos a las 4 masas estratégicas del río Tajo, fijándose para 3 de ellas (Aranjuez, Toledo y Talavera) caudales mínimos circulantes, no ecológicos, sin variabilidad estacional»*.

Es interesante tener en cuenta que el Tribunal Supremo, indica dentro de los hechos probados de las cinco sentencias que en estas 4 masas de agua estratégicas, en contraposición con las otras 16 masas, *«el régimen establecido no es de caudales ecológicos»*, y que el único régimen de caudales mínimos ecológicos establecido por la planificación para estas 4 masas de agua estratégicas es el aprobado en el Esquema de Temas Importantes (ETI) de noviembre de 2010 (10,37 m³/s en Almoquera, 10,86 m³/s en Aranjuez, 14,10 m³/s en Toledo y 15,92



m³/s en Talavera de la Reina) junto con su distribución trimestral» y que según la Confederación Hidrográfica del Tajo «Los caudales ecológicos fijados en el ETI del primer ciclo seguirán siendo una referencia en futuras revisiones del Plan Hidrológico». Sin embargo, como vimos, los caudales ecológicos fijados en el ETI del primer ciclo para las 4 masas estratégicas del río Tajo, no fueron luego aprobados en el Plan Hidrológico del Tajo del primer ciclo (2009-2015) ni tampoco en la revisión del segundo ciclo (2015-2021), siendo sustituidos en ambos casos por caudales mínimos menores, no ecológicos, como resalta el Tribunal Supremo.

Las sentencias detallan los pormenores y alcance del incumplimiento, recordando que ya en el Plan hidrológico anterior (Real Decreto 270/2014) se había producido dicho incumplimiento y había postergado su aplicación al Plan enjuiciado (2015-2021). Así mismo, el Tribunal Supremo recuerda la preocupación alarmante mostrada por el Consejo de Estado ante el riesgo de incumplimiento de la Directiva marco del agua, mientras que en otros planes se habían fijado dichos caudales.

Concluye por tanto el Tribunal, que *«Todo ello lleva a estimar el recurso en cuanto a las pretensiones de declaración de nulidad del art. 9.1, 3, 5, 6, y 7, en relación con los apéndices 4.1, 4.2 y 4.3 de la normativa del PHT, así como el art. 10.2 en el inciso «no serán exigibles en el horizonte temporal del presente Plan», en cuanto supone el incumplimiento de la obligación de la Administración de establecer en el Plan hidrológico del Tajo un régimen de caudales ecológicos completo con carácter vinculante para el horizonte temporal del Plan (2015-2021) en las condiciones legalmente establecidas que se han examinado antes y que han determinado la indicada estimación del recurso».*

Añade la sentencia que *«la declaración de incumplimiento de la obligación de llevar a cabo el establecimiento de un régimen de caudales ecológicos conforme a lo establecido legalmente lleva implícito que ha de estarse a dichas determinaciones legales en su elaboración y aprobación, incluidas, en su caso, las previsiones de revisión de la planificación en los sucesivos ciclos»*.

2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ESTABLECER EN EL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO 2015-2021 LOS OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES DE LAS MASAS DE AGUA CONFORME A LO REGULADO EN LA DIRECTIVA 2000/60/CE MARCO DEL AGUA.

Las cuatro últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo además de confirmar la anulación de los referidos artículos del Plan Hidrológico del Tajo respecto a los caudales ecológicos, declararon también *la nulidad del artículo 19.1, en relación con el apéndice 8.1 y 8.2*, que establecían los objetivos medioambientales en las masas de agua superficiales y subterráneas de la demarcación.

Según el Tribunal Supremo [véase FD 10º STS 14 marzo 2019, rec. 4482/2016, Aranjuez], del examen de la documentación del PHT y de los escritos de las partes, se puede concluir que, frente a 209 masas superficiales de agua para la que se prevé alcanzar objetivos medioambientales en el plazo de 2015, existen otras dos realidades: de un lado, 90 masas de agua para las que dichos objetivos se dejan para un nuevo ciclo de planificación (horizonte de 2021 o 2027), y 6 masas para las que no ha sido posible establecer objetivos ambientales por indeterminaciones en su diagnóstico.[FD 10ª STS Aranjuez].



El Tribunal indica que *«De todo lo anterior podemos concluir que el PHT no contiene una regulación de los objetivos medioambientales conforme con la normativa vigente y ello por las siguientes razones: a) No procede, sin justificación suficiente, a fijar dichos objetivos para todas las masas de agua, incluida una zona protegida (Finisterre). b) Procede a prorrogar más allá de 2015, objetivos medioambientales de zonas protegidas c) Para los objetivos ambientales susceptibles de prórroga, no se acreditan ni motivan la concurrencia de alguno de los supuestos del apartado 6.2 de la Instrucción, de conformidad con el art. 4.4 de la Directiva Marco del Agua».*

El apartado 4 del artículo 4 de la Directiva Marco del Agua, que el Tribunal Supremo considera incumplido, indica que los plazos establecidos en el apartado 1 podrán prorrogarse para la consecución progresiva de los objetivos relativos a las masas de agua, siempre que no haya nuevos deterioros del estado de la masa agua afectada, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) que los Estados miembros determinen que todas las mejoras necesarias del estado de las masas de agua no pueden lograrse razonablemente en los plazos establecidos en dicho apartado por al menos uno de los motivos siguientes:
 - i) que la magnitud de las mejoras requeridas sólo puede lograrse en fases que exceden el plazo establecido, debido a las posibilidades técnicas,
 - ii) que la consecución de las mejoras dentro del plazo establecido tendría un precio desproporcionadamente elevado,

- iii) que las condiciones naturales no permiten una mejora en el plazo establecido del estado de las masas de agua;
- b) que la prórroga del plazo, y las razones para ello, se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico de cuenca exigido con arreglo al artículo 13;
- c) que las prórrogas se limiten a un máximo de dos nuevas actualizaciones del plan hidrológico de cuenca, salvo en los casos en que las condiciones naturales sean tales que no puedan lograrse los objetivos en ese período;
- d) que en el plan hidrológico de cuenca figure un resumen de las medidas exigidas con arreglo al artículo 11 que se consideran necesarias para devolver las masas de agua progresivamente al estado exigido en el plazo prorrogado, las razones de cualquier retraso significativo en la puesta en práctica de estas medidas, así como el calendario previsto para su aplicación. En las actualizaciones del plan hidrológico de cuenca figurará una revisión de la aplicación de las medidas y un resumen de cualesquiera otras medidas.

Debe tenerse en cuenta que no solo en estos recursos contra el Plan de 2016 , sino también en los recursos anteriores interpuestos contra el Plan Hidrológico del Tajo del primer ciclo (2009-2015) aprobado en 2014, que perdieron su objeto por la aprobación y revisión del nuevo Plan, los recurrentes alegaban el incumplimiento de esta obligación de establecer los objetivos medioambientales en todas las masas de agua de la demarcación hidrográfica, así como el establecimiento de prórrogas del plazo para alcanzar el buen estado en el 2015 en masas de agua ubicadas en zonas protegidas



y/o sin haber justificado de forma específica en el Plan hidrológico de cuenca el cumplimiento de todas las condiciones legales para la prórroga del plazo.

V. CONCLUSIÓN: MEDIDAS A ADOPTAR DESDE LA FIRMEZA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD EN ABRIL DE 2019 Y LA ENTRADA EN VIGOR A PARTIR DE DICIEMBRE DE 2021 DE LA NUEVA REVISIÓN DEL PLAN HIDROLÓGICO (2021-2027), QUE ESTABLEZCA OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES Y CAUDALES ECOLÓGICOS CONFORME A LA NORMATIVA INFRINGIDA.

Mediante varios Autos emitidos en abril de 2019 el Tribunal Supremo ha indicado que los efectos de la declaración de nulidad son los que legalmente corresponden en caso de disposiciones generales, sin que corresponda al Tribunal determinar los nuevos caudales ecológicos u objetivos medioambientales (Auto 25 Abril 2019, rec. 4351/2016; Autos 9 abril 2019, rec. 4482/2016, rec. 4430/2016, entre otros).

Téngase en cuenta que el incumplimiento del régimen de caudales ecológicos y objetivos medioambientales por el que anula las disposiciones del Plan Hidrológico del Tajo el Tribunal Supremo, vendría referido no solo al periodo 2015-2021, sino que vendría también del periodo anterior 2009-2015 que tuvo idéntica regulación.

Es claro que en el caso de la parte española del Tajo se ha infringido, al menos desde 2015, la obligación del establecimiento de regímenes de caudales ecológicos completos en todas las masas de aguas tipo río. Por tanto, conforme al carácter instrumental fundamental de los caudales ecológicos respecto de los objetivos

medioambientales, se ha puesto en riesgo la consecución de dichos objetivos establecidos por la Directiva marco del agua. A lo que hay que unir la vulneración de dicha Directiva en el propio establecimiento de los objetivos medioambientales en las masas de agua de la cuenca del Tajo, según ha declarado el Tribunal Supremo.

La situación de insuficiencia de dichas disposiciones y vulneración del derecho comunitario, se acentúa desde abril de 2019, en que han sido anuladas sin haber sido sustituidas por otras disposiciones conforme a la legalidad, o haberse mantenido transitoriamente las anuladas hasta la entrada en vigor de las nuevas disposiciones.

Según parece, el Gobierno del Reino de España no va a adoptar ninguna medida para evitar que persista este incumplimiento, hasta la aprobación de la revisión del Plan hidrológico 2021-2027 (no antes de diciembre de 2021).

Sin embargo, entendemos que desde el momento de la firmeza de las sentencias y antes de diciembre de 2021, existe la obligación de aplicar de forma inmediata las medidas necesarias o adicionales, incluso con carácter transitorio, para prevenir el deterioro del estado de las masas de agua y lograr el cumplimiento de los objetivos medioambientales, y cumplir en todo caso, el derecho de la Unión Europea e interno infringido.

El artículo 4.1.a. i de la Directiva marco del Agua indica que los Estados miembros habrán de aplicar las *medidas necesarias para prevenir el deterioro* del estado de todas las masas de agua superficial. Sin que estas medidas se limiten a las que puedan establecerse en los planes hidrológicos de cuenca.



Además, el artículo 11 de la Directiva marco del Agua indica que los Estados velarán para que se establezca en cada demarcación hidrográfica un programa de medidas, con el fin de alcanzar los objetivos de su artículo 4. Estos programas incluirán las *medidas básicas*, que son los requisitos mínimos que deberán cumplirse (entre otras, las *medidas necesarias para cumplir la normativa comunitaria sobre protección de las aguas*), y cuando sea necesario, *medidas complementarias*. En cualquier caso, los planes hidrológicos de cuenca (y sus revisiones y actualizaciones), incluirán *un resumen del programa o programas de medidas adoptado* en virtud del artículo 11 (Anexo VII.A.7).

Además, la Directiva establece que cuando se considere que probablemente no se lograrán los objetivos medioambientales establecidos el Estado miembro velará por que *se establezcan las medidas adicionales que sean necesarias para lograr dichos objetivos* (artículo 11.5) y especifica en el Anexo VII.B.4 que las actualizaciones de los planes hidrológicos incluirán un resumen de *todas las **medidas adicionales transitorias** adoptadas en virtud del artículo 11.5 desde la publicación de la versión precedente del plan hidrológico de cuenca*. Obligación transpuesta en el artículo 42.2.d del Real Decreto Legislativo 1/2001 (TRLA).

En cuanto a la revisión de los planes hidrológicos de cuenca, el artículo 89 del Real Decreto 907/2007 (RPH) prevé dos procedimientos:

- a) En todo caso, una revisión completa y periódica del Plan cada seis años desde su entrada en vigor (art. 89.2 RPH).

- b) Una revisión, que puede ser parcial y previa a la periódica: *«cuando los cambios o desviaciones que se observen en los datos, hipótesis o resultados de los planes hidrológicos así lo aconsejen, el Consejo del Agua de la demarcación podrá acordar la revisión del Plan, que también podrá ser ordenada, previo acuerdo con los departamentos ministeriales afectados, por el de Medio Ambiente, que fijará un plazo al efecto»* (artículo 89.1 RPH).

Entendemos que esta previsión reglamentaria de la revisión parcial del Plan hidrológico, previa a la fecha prevista para su revisión o actualización periódica, encuentra cobertura en la obligación de establecer *medidas adicionales transitorias* del artículo 11.5 y Anexo VII.B.4 de la Directiva marco del Agua (artículo 42.2.d TRLA).

En base a estas disposiciones, deberían adoptarse de forma inmediata medidas urgentes y transitorias hasta la entrada en vigor en 2021 del Plan hidrológico del Tajo del tercer ciclo (2021-2027), consistentes en:

1. El mantenimiento de los objetivos medioambientales de las masas superficiales y subterráneas para las que los Apéndices 8.1 y 8.2 del Plan Hidrológico del Tajo (anexo V del Real Decreto 1/2016) establecían el “Buen estado en 2015” o “Buen estado en 2021”.
2. El mantenimiento del régimen de caudales mínimos ecológico anulado para 16 masas estratégicas (apéndice 4.2. anexo V del Real Decreto 1/2016).
3. El establecimiento de los caudales mínimos ecológicos y su variación estacional para las 4 masas estratégicas del río Tajo (Almoguera, Aranjuez, Toledo y Talavera de



la Reina) aprobados por el Esquema de Temas Importantes de 2010.

4. El establecimiento de los regímenes de caudales ecológicos completos (caudales ecológicos mínimos, distribución temporal, caudales máximos, caudales generadores y tasas de cambio) al menos para las 20 masas estratégicas del Plan y aquellas en zonas protegidas de la Red Natura 2000, así como cualesquiera otras en las que se disponga de los datos para su establecimiento transitorio.

Estas medidas están justificadas en *una consideración imperiosa relacionada con la protección del medio ambiente*, ya que la falta de regulación hasta 2021 podría ocasionar un deterioro adicional del estado de estas masas de agua de la parte española de la Demarcación hidrográfica del Tajo, que podría extenderse a otras masas asociadas e incluso a la parte portuguesa, deterioro adicional que está prohibido por el artículo 4.1.a.i de la Directiva marco del agua. (STJUE de 28 de julio de 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603).

En el caso específico de las 4 masas estratégicas del río Tajo, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2019 (rec. 4351/2016) indica dentro de los hechos probados (FD 2º) que en estas 4 masas de agua estratégicas, en contraposición con las otras 16 masas, *«el régimen establecido no es de caudales ecológicos», y que el único régimen de caudales mínimos ecológicos establecido por la planificación para estas 4 masas de agua estratégicas es el aprobado en el Esquema de Temas Importantes (ETI) de noviembre de 2010 (10,37 m3/s en Almoguera, 10,86 m3/s en Aranjuez, 14,10 m3/s en Toledo y 15,92 m3/s en Talavera de la Reina) junto con su distribución trimestral». Añade que en el*

apartado 3.3.11 del Informe de la Confederación sobre la consulta pública del Plan, se indica: *«Puesto que estos valores no son caudales ecológicos, se hace necesario — y así se está haciendo— un especial seguimiento de los mismos y los efectos en la evolución del estado de las masas de agua del río Tajo y su análisis para estimar si esta evolución es suficiente y compatible con la consecución de los objetivos fijados en el Plan. De esta forma, bien en una revisión del Plan acordada por el Consejo de Agua de la Demarcación conforme a lo establecido en el artículo 89.1 del Reglamento de Planificación Hidrológica (RD 907/2007), bien en las siguientes revisiones previstas del Plan conforme a la DMA, se podrá reconsiderar esta determinación y plantear el régimen de caudales ecológicos que se estime oportuno. Los caudales ecológicos fijados en el ETI del primer ciclo seguirán siendo una referencia en futuras revisiones del Plan Hidrológico».*

Entendemos que mientras no se adopten estas medidas urgentes y transitorias el Reino de España está incurriendo, respecto al Plan hidrológico del Tajo y los ríos y masas de agua de la cuenca, y especialmente en cuanto al río Tajo, en un incumplimiento directo de al menos, los artículos 4 y 11 de la Directiva 2000/60/CE Marco del Agua y del Derecho de la Unión Europea.

Por tanto, estas medidas deben adoptarse tan pronto como sea posible, sin que sea admisible retrasarlas hasta diciembre de 2021 que se apruebe el Plan hidrológico del Tajo del tercer ciclo.

LA DEMOLICIÓN DE INMUEBLE ORDENADA POR LOS ORGANOS JUDICIALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Antonio J. Navarro Espejo

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

Resumen: Este estudio pretende analizar y sistematizar las recientes sentencias del Tribunal Supremo interpretando el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativa, redacción LO 7/2015, vigente desde el 1 de octubre de 2015.

El precepto obliga a los jueces, cuando ordena la demolición de un inmueble, a exigir como condición previa, y salvo peligro inminente, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

El supuesto típico es el ciudadano que compra una vivienda amparada en licencia urbanística, que es declarada posteriormente ilegal y su inmueble ilegalizable, debiendo ser demolida. Pues a pesar de la trascendencia social y económica de la medida, el precepto, al estar lleno de conceptos jurídicos



indeterminados, provocó y provoca multitud de interrogantes sobre su sentido. Dudas que viene a paliar el Tribunal Supremo en las sentencias estudiadas, aunque sólo de manera parcial.

Abstract: This study aims to analyze and systematize the recent judgments of the Supreme Court, interpreting article 108.3 of the Law 29/1998, of July 13th, regulating the contentious-administrative jurisdiction, drafting LO 7/2015, effective since October 1st, 2015.

The precept obliges the judges, when ordering the demolition of a property, to demand as a prior condition, and barring imminent danger, the provision of sufficient guarantees to respond to the payment of indemnities owed to third parties in good faith.

The typical assumption is the citizen who buys a home covered by an urban planning license, which is later declared illegal and his property as well, and must be demolished. In spite of the social and economic importance of the measure, the precept, being full of indeterminate legal concepts, provoked and provokes a multitude of questions about its meaning. Doubts that comes to palliate the Supreme Court in the sentences studied, although only partially.

Palabras clave: Anulación licencia urbanística, demolición, indemnizaciones debidas, tercero de buena fe, garantía suficiente.

Key words: Cancellation of urban license, demolition, due compensation, third party in good faith, sufficient guarantee.

Sumario: I. La demolición, como medida de restauración territorial y urbanística.- II. La demolición

de lo construido declarada en fase judicial.- III. Actuación de las Comunidades Autónomas.- a. Cantabria.- b. Galicia.- c. Navarra.- III. Interpretación del Tribunal Supremo.- a. Finalidad del precepto.- b. Ámbito subjetivo de aplicación.- c. Medidas de aseguramiento.- d. Indemnizaciones debidas.- e. Derecho a la ejecución de las sentencias.- f. Interés preeminente de la ejecución.- g. Indagación judicial.- h. Exención de garantía por las Administraciones.- i. Aplicación a sentencias dictadas con anterioridad.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

I. LA DEMOLICIÓN, COMO MEDIDA DE RESTAURACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA.

La restauración del orden urbanístico conculcado se produce, bien formalmente, exigiendo la legalización de lo actuado (a través de la licencia), bien materialmente, exigiendo la reposición de los bienes afectados al estado anterior a la infracción (demolición). La demolición es la medida ordinaria de restauración del orden urbanístico vulnerado, bien porque la construcción no esté amparada por licencia o exceda de lo autorizado en ella o bien porque esté amparada por licencia ilegal.

Mediante la drástica actuación consistente en derribo de lo construido se pretende que la realidad física alterada mediante una edificación, construcción o instalación que no es posible legalizar, vuelva a su estado originario, como si nada se hubiera realizado. Si una construcción supone un esfuerzo considerable de medios materiales y personales, su destrucción es un drama para muchos



intervinientes y la propia actividad de demolición tiene incluso por sí misma una importante entidad económica.

Afirma la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) Sala 3ª, de 3 noviembre de 1992 que "...un acto de edificación o uso del suelo de carácter irregular debe dar origen a formas diferentes de reacción administrativa: de un lado la encaminada a restablecer la legalidad urbanística, que concluiría con la demolición de las obras si el interesado no solicita la licencia dentro del plazo que al efecto se le habrá de otorgar (dos meses) o si las obras no resultan legalizables; de otra parte la incoación del oportuno expediente sancionador... ". En la tutela y restauración de la legalidad urbanística, esto es, para el caso, en la adopción de medida extrema y gravosa como la demolición, no se ejercita potestad sancionadora sino otro poder reglado, en concreto, las facultades administrativas de protección de la legalidad urbanística.

Como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 9 junio 2011 la acción dirigida para restaurar la legalidad ha de entenderse con el propietario o poseedor actual, aun cuando no haya sido el responsable de las obras realizadas sin licencia, por cuanto solo él tiene la posibilidad de proceder a la restauración del orden urbanístico infringido⁶. El

⁶ Art. 27 LS15. Transmisión de fincas y deberes urbanísticos:
1. La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales

principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico determina que la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos.

Las operaciones de **restauración de la ordenación territorial y urbanística** viene regulada en la legislación castellano manchega, el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística –TRLOTAU en lo sucesivo-, Título VII (Garantías y protección de la ordenación territorial y urbanística), Capítulo V (Disciplina Territorial y Urbanística), Sección Segunda.

Las operaciones de restauración o recuperación derivadas de operaciones o actuaciones clandestinas o ilegales⁷ se han de determinar en la resolución del

obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.

⁷ TRLOTAU: Se consideran actuaciones **clandestinas** las edificaciones, construcciones e instalaciones, y demás operaciones y actividades reguladas por la ordenación territorial y urbanística realizadas, total o parcialmente, sin contar con los correspondientes actos legitimadores previstos en la Ley o al margen o en contravención de dichos actos (Art. 177). Las actuaciones que no se adecuen a la ordenación territorial y urbanística tendrán la consideración de actuaciones **ilegales** (art. 179). El régimen de las edificaciones y construcciones clandestinas e ilegales, así como las operaciones de restauración de la ordenación territorial y urbanística viene regulada en los arts. 177 a 182



expediente de legalización⁸, o en la orden de ejecución que se adopte al efecto. Estas operaciones corren de cuenta de los propietarios de los terrenos, inmuebles o actividades, responsables de los mismos, pudiendo la Administración ordenar la ejecución de tales obras.

Las actuaciones ilegales están por tanto sujetas al procedimiento de legalización, con las siguientes peculiaridades (art. 179 TRLOTAU):

a) El requerimiento de legalización implica la simultánea apertura del correspondiente procedimiento sancionador.

b) En ningún caso podrán legalizarse: 1) Las actuaciones ilegales realizadas en suelo rústico de protección, zonas verdes, espacios públicos o bienes de dominio público, servicio público o en bienes comunales⁹. 2) Las realizadas en terrenos forestales protegidos o en espacios naturales, así como en terrenos rústicos que hayan perdido su masa arbórea en virtud de talas ilegales.

TRLOTAU y desarrollado en el Decreto 34/2011, de 26 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del TRLOTAU (art. 77 y ss.).

⁸ De tal forma, las operaciones de restauración o recuperación solamente pueden ser acordadas tras la tramitación del expediente de legalización. En la STSJ de Castilla-La Mancha de 19-2-2002, la Sala anula una orden de demolición acordada por la Administración sin la tramitación del expediente de legalización exigido por la norma.

⁹ En la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de octubre de 2002, la Sala confirma la demolición de una construcción en dominio público, en base a la imposibilidad de legalización de la misma.

El TRLOTAU (art. 182.4 y 5) establece que transcurridos cuatro años¹⁰ desde la terminación de la operación o cese de las actividades clandestinas o ilegales, la Administración no podrá ordenar la demolición de las edificaciones, instalaciones o construcciones derivadas de las mismas. No obstante, dichas edificaciones quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación. Pero el plazo de cuatro años no rige para las parcelaciones que se realicen en suelo rústico protegido ni para los actos de construcción, edificación o uso del suelo: a) ejecutados sin licencia, autorización previa o calificación territorial o contraviniendo las determinaciones de ellas, cuando sean preceptivas, sobre terrenos calificados en el planeamiento como sistemas generales o clasificados como suelo rústico de protección ambiental por la ordenación territorial y urbanística; b) ejecutados en dominio público o en las zonas de servidumbre del mismo, o c) que afecten a bienes catalogados o declarados de interés cultural en los términos de la legislación sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico.

La existencia de acto administrativo legitimador de operaciones y actividades no es obstáculo para la adopción de las medidas de restauración y recuperación. La autoridad urbanística puede y debe proceder a la depuración de las situaciones irregulares que se produzcan aún en el caso de que dichas situaciones estén inicialmente amparadas por una licencia. La existencia de ésta requiere, evidentemente, la destrucción previa del título jurídico que inicialmente presta cobertura a la misma. Según la causa de nulidad, se deberán tramitar los procedimientos de revisión de oficio establecidos en el art. 106 de la actual Ley

¹⁰ Plazo disponible por las Comunidades Autónomas, pudiendo llegar como en el caso valenciano a 15 años.



39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), si lo es de actos nulos de pleno derecho; o deberá utilizar el art. 107 de dicho texto legal, si se trata de la declaración de lesividad de actos anulables¹¹.

Como afirma la STS 4 febrero 2009, a la declaración jurídica de nulidad de una licencia le sigue, como complemento material, la demolición de lo indebidamente construido con fundamento en la licencia anulada.

Recordar que las licencias urbanísticas, las órdenes de ejecución u otros títulos habilitantes que se otorgaren con infracción del régimen jurídico y uso del suelo, vuelo y subsuelo o zonas de servidumbre relativo a las zonas verdes, espacios libres, suelo rústico no urbanizable de especial protección, bienes catalogados, de dominio público o dotaciones públicas previstas en el

¹¹ El régimen de las obras de construcción, instalación o edificación que estén realizándose o hayan concluido al amparo de licencia u otros actos legitimadores ilegales, se desarrolla en el Decreto 34/2011, de 26 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del TRLOTAU. Artículo 86 RDU: *Anulación de licencias urbanísticas u otros actos legitimadores ilegales*: 1. Las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto de autorización administrativa previsto en el TRLOTAU, cuyo contenido constituya infracción del ordenamiento jurídico o alguna de las infracciones urbanísticas definidas en el mismo, deberán ser objeto de revisión, cuando concurren causas de nulidad, o deberán ser anuladas, en su caso, previa declaración de lesividad, por la Administración competente mediante procedimiento incoado al efecto y en el cual serán parte, en todo caso, quienes aparezcan como titulares de los inmuebles afectados en los Registros públicos que otorguen presunción de titularidad y, en su defecto, en cualquier otro de carácter público.

planeamiento serán nulas de pleno derecho, sin posibilidad alguna de su legalización. En este sentido no se podrá modificar el planeamiento con la intención de legalizar dichas actuaciones. La misma consecuencia se producirá en relación con las actuaciones realizadas en terrenos forestales o espacios naturales, así como terrenos rústicos que hayan perdido su masa arbórea en virtud de talas ilegales (art. 87 Decreto 34/2011, de 26/04/2011, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del TRLOTAU –RDU-).

Anulada la licencia u otros actos de autorización administrativa, con carácter firme, la persona titular de la Alcaldía o del órgano correspondiente de la Administración urbanística competente debe acordar la demolición, reconstrucción o cese de lo indebidamente actuado que no sea susceptible de legalización o que siéndolo no lo hubiere sido por culpa de la persona interesada (art. 86.3 RDU).

El Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (LS15), regula como un **supuesto indemnizatorio** derivado de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (arts. 9.3 y 106.2 de la Constitución Española - CE-) la modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística (art. 48.c) y la **anulación de los títulos administrativos habilitantes** de obras y actividades (art. 48.d). Si bien, en este último supuesto con la importante matización de que *“en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado”*.



Como señala TOLOSA TROIBIÑO¹², el Tribunal Europeo ha tomado en consideración en algunas ocasiones la cuestión relativa a si la construcción ilegal contaba con un autorización o licencia declarada posteriormente como contraria a derecho o ante una construcción levantada de forma clandestina, sin autorización alguna. Evidentemente, desde la perspectiva interna, también alcanza una enorme trascendencia el hecho de que la edificación cuente o no con autorización administrativa, dado que, en caso de actuaciones clandestinas, es claro que el único responsable es el particular, aunque en ocasiones se haya imputado a la Administración su inactividad en el ámbito de sus obligaciones de inspección.

II. LA DEMOLICIÓN DE LO CONSTRUIDO DECLARADA EN FASE JUDICIAL.

Puede ocurrir que las medidas de restauración de la legalidad urbanística violentada, en concreto la demolición de lo construido, no se acuerde por las autoridades administrativas, sino que sea consecuencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos ante los órganos de éste orden jurisdiccional, fruto de la acción de los particulares interesados o en el ejercicio de la acción pública urbanística recogida en el art. 5.f LS15¹³.

¹²TOLOSA TRIBIÑO, ob.cit.: *la demolición de viviendas ilegales...*: La importancia de la existencia de previa autorización administrativa y las consecuencias indemnizatorias.

¹³ Art. 5 LS15 Derechos del ciudadano: Todos los ciudadanos tienen derecho a ejercer la **acción pública** para hacer

Es en este ámbito judicial donde se incardina el analizado artículo 108.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJ), dentro del apartado dedicado a la “ejecución de sentencias”:

*El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la **demolición** del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como **condición previa** a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de **garantías suficientes** para responder del pago de las **indemnizaciones** debidas a **terceros de buena fe**.*

El supuesto de hecho al que se refiere el precepto es el de la adquisición de un inmueble construido al amparo de una licencia, que es declarada posteriormente ilegal. Se intenta proteger a quien adquirió en el convencimiento que si se había concedido una licencia urbanística la obra era legal, y al que se le puede ocasionar un auténtico drama económico y personal, cuando se pretende la demolición de su vivienda. Su ejecución afecta a personas que de buena fe adquieren una vivienda y de repente se ordena su demolición, con pagos pendientes de realizar y sin techo donde alojarse. Los proyectos de demolición suelen ser de cuantía elevada, y si el responsable de la ejecución de la medida es el Municipio, lo que será lo normal dado que las

respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.



legislaciones autonómicas los convierten en los principales responsables de la disciplina urbanística, nos encontramos con una Administración particularmente cercana a los interesados –lo que no ayuda a adoptar medidas de este tipo-, además de ser la menos potente desde el punto de vista financiero y presupuestario.

Si a lo anterior unimos las consecuencias indemnizatorias derivadas de estas situaciones y el alto coste de un proyecto para derribar un inmueble, no es de extrañar el escaso interés de la Administración encargada de la demolición, quien más bien ha venido intentando salvar la edificación, mediante innovaciones urbanísticas que haga legal lo que no lo era con la ordenación anterior.

Estamos ante un problema de importante trascendencia social, económica e incluso política. La actividad constructiva y edificatoria requiere importe desembolsos para todos los que intervienen en ella y en particular para aquellos que destinan todo lo que tienen e incluso lo que no tienen (pidiendo un préstamo hipotecario) para instalar su negocio o tener un lugar donde vivir y disfrutar con su familia, su residencia.

La existencia de esos terceros que han adquirido el inmueble construido al amparo de una licencia urbanística otorgada por el Ayuntamiento, hace que la declaración de nulidad posterior a la adquisición, provoque una tensión entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica; entre el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de sentencias y la posición de aquellos que adquieren su vivienda confiados en la autorización otorgada por el Ayuntamiento para su construcción, con sus correspondientes autorizaciones, licencias e inscripciones.

El precepto intenta compatibilizar el derecho de propiedad de quien adquirió basándose en el aparente cumplimiento de los requisitos legales con el derecho de quien solicita la ejecución de lo acordado en una sentencia. Se pretende igualmente conciliar los intereses dignos de protección de los adquirentes de buena fe, con otros de carácter colectivo igualmente merecedores de protección como pueden ser los medioambientales o los que cumplen los bienes que integran el dominio público.

El artículo 108.3 LJ fue añadido por LO 7/2105¹⁴ de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), y se encuentra vigente desde el 1 de octubre de 2015. Se trata de una modificación que trae causa de una enmienda legislativa cuyo propósito era el de llevar al proceso contencioso-administrativo el mismo criterio que vino a inspirar, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo el redactado del nuevo apartado 3 del artículo 319 del Código Penal¹⁵.

¹⁴ El número 3 del artículo 108 ha sido introducido por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 22 de julio), como consecuencia de una enmienda planteada por el Partido Socialista durante la tramitación del indicado texto legal en el Senado.

¹⁵ que establece que *“En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del*



La redacción del artículo comentado constituye un verdadero reto para cualquier aplicador del derecho y plantea numerosas dudas en su interpretación; dudas que han tenido su reflejo en las distintas posiciones que, acerca de su naturaleza y alcance, han manifestado la doctrina, las administraciones públicas, los afectados por las sentencias y quienes tratan de dar efectividad a tal tipo de pronunciamientos.

Esta disparidad de interpretaciones se ha trasladado también a las decisiones judiciales que se han ido produciendo desde su entrada en vigor, lo que exigía una labor de interpretación unificadora y clarificadora por parte del Tribunal Supremo.

Hay que advertir, en primer lugar, que la reforma no afecta a la ejecución de cualquier sentencia de condena, sino exclusivamente a las que declaren la ilegalidad de

delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar." Para TABOAS BENTANACHS (ob.cit.) la diferencia literal que se estima sobresaliente de ambas regulaciones es que:

-En el Código Penal se establece que los órganos jurisdiccionales motivadamente, podrán ordenar (sic), a cargo del autor del hecho (sic), la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe (sic), y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías (sic) que aseguren el pago de aquéllas.

-En la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por su parte y a salvo los casos de peligro inminente, parece obedecer a un apartamiento del "podrán ordenar" para imponer un "exigirá" como condición previa a la demolición la prestación de garantías suficientes (sic) para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

un inmueble y, además, ordenen su **demolición**. No se aplica, por tanto, a las sentencias urbanísticas que declaran contrarias a Derecho otras obras o actividades, o que no ordenen su demolición ni la reposición de las cosas a su estado anterior¹⁶.

III. ACTUACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

El importante problema ocasionado por la generalización del incumplimiento de los deberes de demolición de las viviendas y edificios construidos ilegalmente, ha llevado a las Comunidades Autónomas a adoptar medidas legislativas que intentan proteger a los terceros adquirentes de buena fe, mediante diversas medidas: realojo, posibilidad de acceder a viviendas en régimen de protección pública o establecer la obligación de indemnizar como requisito previo a demoler, cuestión esta última, en cuanto afecta a la ejecución de sentencia como aspecto incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva, se ha encontrado con la oposición del Tribunal Constitucional¹⁷, en particular por cuestiones de competencia, por corresponder al Estado, en exclusiva, la legislación procesal y el sistema de responsabilidad

¹⁶ MOREU CARBONELL, ob.cit.: *Inejecución de sentencias urbanísticas...*

¹⁷ Recordemos que el art. 108.3 LJ fue un añadido introducido en la misma por la LO 7/2015 con el objeto de solventar el problema que había surgido por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes cántabra y gallega de vivienda que incluían un precepto similar (GOMEZ FERNANDEZ, ob.cit.).



patrimonial de todas las Administraciones Públicas (arts. 149.1.6ª y 18ª CE).

No obstante, las Comunidades Autónomas tienen competencias exclusivas, asumidas estatutariamente, en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 149.1.3ª en relación con sus respectivos Estatutos de Autonomía¹⁸), por lo que han tratado de intervenir en la situación descrita. Son varias las que han intentado proteger a los terceros adquirentes de buena fe.

a. Cantabria.

La Disposición Adicional Sexta¹⁹ de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria sobre Tramitación de los expedientes en materia de responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones en materia urbanística, establecía, tras declarar el derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de Cantabria de toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en materia urbanística, que:

Cuando la lesión se produzca como consecuencia de actuaciones administrativas declaradas ilegales que determinen el derribo de edificaciones, se deberá iniciar el procedimiento, de oficio o a instancia de

¹⁸ En Castilla-La Mancha, la Ley Orgánica 9/1982 de 10 de agosto: Artículo 31.1: La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha asume las siguientes competencias exclusivas: 2.ª Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

¹⁹ Introducida por el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4 de abril.

*parte, desde el momento en que se tenga conocimiento fehaciente de la existencia de una **resolución judicial o administrativa**, firme y definitiva, que establezca la obligación de derribar.*

...

*Sólo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el **procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial**, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto éste a disposición del perjudicado.*

*En todo caso, el Gobierno de Cantabria adoptará todas las medidas precisas para impedir que, como consecuencia de una sentencia que ordene la demolición de una vivienda que constituya el domicilio habitual de un propietario de buena fe, se produzcan situaciones de desamparo, procurando los medios materiales para su **realojo** provisional inmediato y su traslado.*

Señalaba el Preámbulo de la novedosa Ley que no es posible desconocer que cuando la restauración de la legalidad urbanística exige la adopción de la más rigurosa de las medidas, la demolición de lo indebidamente edificado, su ejecución acarrea negativas consecuencias para los terceros adquirentes de buena fe de los inmuebles afectados, que habiendo sido ajenos, normalmente, a la comisión de la infracción, de la que suelen tener noticia posteriormente, se ven privados de uno de los más relevantes bienes de su patrimonio, en ocasiones afectado al pago de un préstamo que habrán de afrontar en todo caso sin disfrutar del inmueble.

Precepto declarado nulo e inconstitucional, en cuanto se refiere a los procesos de ejecución de resoluciones **judiciales**, por sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional (TCO) 92/2013 de 22 abril. La



sentencia, cuyo pronunciamiento se extiende más tarde a las restantes cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el TSJ de Cantabria, señala que introducir un procedimiento de responsabilidad administrativa, ajeno a la propia ejecución de la sentencia, invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, prevista en el art. 149.1.6ª de la Constitución y que, además, tiene el efecto retorcido de paralizar los pronunciamientos jurisdiccionales hasta el momento en el que se produzca el pago efectivo de la indemnización. Concluye subrayando que "lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de ejecución de las sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado".

Un segundo intento en Cantabria lo constituye el art. 65 bis.1, introducido por la Ley 4/2013, de 20 de junio dedicado a la Autorización provisional de edificaciones o actuaciones preexistentes:

1. Iniciado el procedimiento dirigido a la formación, modificación o revisión de los planes urbanísticos y demás instrumentos de planeamiento, y para impedir que se generen perjuicios irreparables al interés público o a los propietarios de edificaciones o actuaciones que, habiendo sido previamente

*declaradas ilegales y sobre las que hubiesen recaído órdenes de demolición administrativas o judiciales, puedan resultar conformes con la nueva ordenación que se está tramitando, el órgano municipal competente para aprobar inicialmente el plan podrá otorgar, de oficio o a instancia de los interesados, **autorizaciones provisionales** que afecten a dichas edificaciones o actuaciones preexistentes, previa comprobación de que resultan conformes con el nuevo planeamiento municipal en tramitación. Si el procedimiento se inicia a solicitud del interesado, transcurrido el plazo de tres meses sin haberse notificado resolución alguna podrá entender desestimada su petición.*

El inciso «**o judiciales**», contenido en el número 1 del artículo 65 bis, fue declarado inconstitucional y nulo por sentencia del Tribunal Constitucional 254/2015, de 30 noviembre 2015, r. 6860/2014.

El preámbulo de la Ley cántabra explica con claridad las razones que han llevado al legislador cántabro a crear esta figura de las autorizaciones provisionales de edificaciones ilegales preexistentes y los fines u objetivos a los que responde la regulación. Se expone que en muchos casos se está tramitando la formación, modificación o revisión de planeamiento que contempla ordenaciones conforme a las cuales, edificaciones o actuaciones que habían sido declaradas ilegales previamente, podrían obtener nuevas licencias de obra una vez que dichos planeamientos entrasen en vigor. Se afirma que, en estos supuestos, si se demoliera lo que resulta conforme con el planeamiento municipal en tramitación antes de su aprobación definitiva, se daría la paradoja de que se podría volver a construir lo que acababa de ser demolido, con lo que se causarían perjuicios irreparables a los propietarios de dichas



construcciones y, en muchos casos, al interés público. Por ello, con la autorización provisional se pretende atender a aquellas situaciones en las que la nueva ordenación propuesta conlleva la conformidad a derecho de las edificaciones, obras o actuaciones que no encontraban amparo en la planificación que se modifica. Con esa finalidad, según se explica, la modificación normativa opta por conferir una mayor eficacia a los planeamientos en tramitación, y a proporcionar medios para evitar actuaciones irreversibles sobre edificaciones y actuaciones que resultarían ajustadas a Derecho en el nuevo planeamiento.

Nos encontramos, por tanto, con una regulación que crea una figura nueva, una autorización que permite legalizar las construcciones ilegales preexistentes y sobre las que penden órdenes judiciales de demolición, de tal forma que se impide su ejecución y se garantiza su continuidad aunque sea en situación de fuera de ordenación²⁰.

²⁰ Para MARTINEZ HELLÍN (ob.cit.) El origen de esta norma no es otro que la constatación por el legislador autonómico del problema derivado de la proliferación de edificaciones (sobre todo en la costa) ilegales y la existencia de terceros adquirentes de buena fe que se han visto afectados por resoluciones firmes de demolición de las mismas, resultando que en la mayoría de los casos los propietarios últimos resultaban ajenos a la comisión de la infracción.

Pues bien, en Cantabria se dio una solución —pretendiendo, en suma, una amnistía para las edificaciones ilegales (llevando a tal fin modificaciones normativas tendentes a paliar los perjuicios causados a aquellos adquirentes de buena fe cuyas viviendas se ven afectadas por sentencias firmes de derribo) y pretendiendo garantizarles en virtud del instituto resarcitorio patrimonial una indemnización y su puesta a disposición previo a la ejecución de las sentencias de derribo.

En la medida en que el precepto se refiere a las órdenes de demolición judiciales, es evidente que la introducción de la autorización provisional que prevé el artículo 65 bis.1 introduce una causa de suspensión de la ejecución que se impone al órgano judicial.

Es cierto que la suspensión de la demolición no se produce *ex lege*, puesto que es preciso el inicio de la tramitación de un nuevo planeamiento y el otorgamiento de la autorización provisional, pero no lo es menos que es la ley la que atribuye a la autorización provisional su efecto de impedir la ejecución de la sentencia. En efecto, la regulación tiene la virtualidad de sustraer al órgano judicial su competencia para apreciar la concurrencia de una causa de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia (art. 105.2 LJ) esto es, para decidir sobre si el mero inicio de la tramitación de un plan de ordenación urbana constituye causa suficiente para el aplazamiento de la demolición y si, en consecuencia, procede o no la suspensión de la ejecución. Decisión que, además, el órgano judicial debería adoptar teniendo en cuenta que el TCo, en su Sentencia 22/2009, de 26 de enero, ya aclaró que "la decisión judicial de suspender una demolición acordada en sentencia firme sobre la base de una mera futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos.

El efecto suspensivo que el artículo 65 bis.1 atribuye a la autorización provisional implica que el legislador autonómico impone su propia valoración del impacto de la expectativa de cambio de ordenación urbana sobre la demolición ordenada en sentencia firme, valoración que, además, resulta contraria al art. 24.1 CE, perdiendo, por tanto, el órgano judicial el control de la ejecución de su



resolución. En consecuencia, considera el Tribunal Constitucional, es indudable que la regulación autonómica crea una causa de suspensión que los órganos judiciales, al estar prevista en norma con rango de ley, no pueden eludir y que merma la competencia que para la ejecución de las sentencias les corresponde. En definitiva, nos encontramos con una norma de contenido procesal, por lo que hay que atender a la distribución de competencias establecida en el art. 149.1.6ª CE conforme a la cual la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado.

b. Galicia.

La Disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, dedicada al *Derecho a la vivienda y necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición e impedimento de usos*, establecía:

*1. Los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado tienen derecho a residir en el inmueble mientras no se determine por la administración competente, a través del correspondiente **procedimiento de responsabilidad patrimonial**, el alcance de la indemnización a que, en su caso, tengan derecho.*

En estos supuestos será aplicable lo dispuesto en la legislación urbanística para las actuaciones de reposición de la legalidad urbanística en los casos de obras rematadas sin licencia y lo previsto en el presente artículo para garantizar la necesaria

*asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter **previo a la demolición**.*

*2. A estos efectos, el **acto administrativo o sentencia firme** que determine la anulación del título y conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, por no ser las obras legalizables por su incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico, llevará consigo, como efecto legal necesario, la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial.*

El inciso «**o sentencia**» contenido en el número 2 de la Disposición adicional sexta, fue declarado **inconstitucional** y nulo por Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2014, de 28 de mayo, por idénticos motivos que la cántabra: introducir el pago de la indemnización como causa de suspensión de las demoliciones ordenadas en sentencias firmes, lo que afecta a la facultad que tienen los jueces y tribunales, con carácter exclusivo, para hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

Como advierte, DESDENTADO DAROCA²¹, hay que tener presente que la regulación cántabra y gallega, **siguen vigentes y son aplicables a las demoliciones ordenadas en vía administrativa**, por lo que en este ámbito el pago previo de la indemnización, en los términos previstos en la legislación autonómica correspondiente, seguirá operando como requisito

²¹ DESDENTADO DAROCA, ob.cit.



imprescindible para que puedan llevarse a cabo los derribos²².

c. Navarra.

De manera similar a las regulaciones autonómicas referidas *supra*, el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, artículo 207 referido a la reposición de la realidad física alterada. Establece que²³:

²² Apostillando: y ello implica, si tenemos en cuenta que las Administraciones municipales con frecuencia alegan la falta de fondos para hacer frente a los pagos, que la regulación puede terminar operando como una excusa adicional para no proceder a los derribos y para que éstos queden pendientes «sine die».

²³ Esta redacción fue introducida primigeniamente por la Ley Foral 5/2015, de 5 de marzo, de medidas para favorecer el urbanismo sostenible, la renovación urbana y la actividad urbanística en Navarra, que modificaba la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, dando nueva redacción a su artículo 204. En el B.O.E. número 298, de 14 de diciembre de 2015, se publica Resolución de 24 de noviembre de 2015, de la Secretaria General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra, en relación con la Ley Foral 5/2015, de 5 de marzo, que modifica la Ley Foral 35/2002. En dicho Acuerdo la Comunidad Foral de Navarra se comprometió a la modificación del artículo 204.6 de la Ley Foral 35/2002 a fin de eliminar la expresión "o judiciales".

6. *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, iniciado el procedimiento dirigido a la formación, modificación o revisión de los planes urbanísticos y demás instrumentos de planeamiento, y para impedir que se generen perjuicios irreparables al interés público o a los propietarios de edificaciones o actuaciones que, habiendo sido previamente declaradas ilegales y sobre las que hubiesen recaído **órdenes de demolición administrativas**, puedan resultar conformes con la nueva ordenación que se está tramitando, el órgano competente para aprobar inicialmente el instrumento podrá otorgar, de oficio o a instancia de los interesados, autorizaciones provisionales que afecten a dichas edificaciones o actuaciones preexistentes, previa comprobación de su conformidad con la nueva ordenación en tramitación. Si el procedimiento se inicia a solicitud del interesado, transcurrido el plazo de tres meses sin haberse notificado resolución alguna, podrá entender desestimada su petición²⁴.*

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, mediante el número 2 de la disposición final segunda de Ley Foral 27/2018, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2019 (B.O.N. 31 diciembre) se modificó este apartado 6, suprimiendo la referencia a las órdenes de demolición judiciales, vigente desde el 1 de enero de 2019.

7. *Las **autorizaciones provisionales** supondrán que, durante el tiempo en el que desplieguen efectos, esas edificaciones o actuaciones se mantendrán en la situación en que se encuentren y les será de aplicación*



el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación.

8. El otorgamiento de las autorizaciones se publicará en el Boletín Oficial de Navarra y se notificará individualmente a las personas y administraciones que pudieran resultar afectadas.

9. Los efectos de las autorizaciones provisionales se extinguirán en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Cuando las edificaciones o construcciones preexistentes obtengan una nueva licencia de obra o autorización del departamento competente en caso de tratarse de actuaciones en suelo no urbanizable que lo requieran.

b) Cuando las autorizaciones provisionales resulten contrarias a lo aprobado definitivamente en el instrumento de planeamiento.

c) Cuando transcurra un año desde su otorgamiento, en caso de modificaciones de planes urbanísticos. Cuando se trate de la revisión de un instrumento urbanístico el año podrá ampliarse a tres más.

IV. INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.

El artículo 108.3 LJ, ha sido calificado por los autores como de una redacción poco afortunada, de crear un panorama de incertidumbre, o de enigmático precepto²⁵.

²⁵ Para DESDENTADO DAROCA (ob.cit.): ¿qué ha de entenderse por indemnizaciones debidas?, ¿cómo han de

resolverse cuestiones sustantivas tales como a quién corresponde indemnizar, si hay responsabilidades concurrentes o si los terceros son o no de buena fe?; ¿han de resolverse los puntos anteriores en la propia fase de ejecución o han de estar resueltos con anterioridad?, ¿qué ha de entenderse por «garantías suficientes»?

Como señala MARTINEZ HELLÍN (ob.cit.) algunos autores ya han puesto de manifiesto las dificultades procesales que la aplicación de la medida de suspensión puede producir en el ámbito del procedimiento de ejecución.

Estas objeciones alcanzan a cuestiones tales como la indeterminación de quién será el obligado a prestar la fianza, demandante, promotor o constructor de las edificaciones ilegales, o bien la Administración (este será el supuesto más probable) en cuanto que ha omitido su deber de vigilancia en el cumplimiento de la normativa urbanística y es directamente responsable del daño causado a los terceros de buena fe.

Igualmente será objeto de controversia la cuestión relativa a la entrada en vigor de la norma y su aplicación a los procedimientos de ejecución que ya se encuentren planteados, con sentencias firmes de anulación de licencias y orden de demolición.

Algunas de las dudas que plantea pueden verse igualmente en GARCIA MORAGO (ob.cit.): ¿tendría cabida un incidente promovido por los terceros de buena fe, dirigido a ver supeditada la demolición de la obra al pago o afianzamiento - a cargo del promotor responsable, cabe suponer- de las correspondientes indemnizaciones?. Y aun en el supuesto de ser tal cosa posible, ¿no sería tanto como dejar en manos del particular infractor el restablecimiento efectivo de la legalidad vulnerada?. ¿Cómo y de qué manera debería o podría hacerse efectivo el pago de las indemnizaciones?. ¿Y ante qué órgano judicial debería sustanciarse esa pieza de un conflicto que no dejaría de serlo entre particulares?. ¿O acaso habría que entender que las previsiones del art 108.3 LJ sólo regirán en los supuestos en los que el objeto del proceso lo sea una licencia concedida, un acto tácito de autorización, o la negativa



de la Administración a restablecer la legalidad urbanística vulnerada?.

Con respecto al tercer grupo de interrogantes ya hemos señalado que las Administraciones Públicas, están exentas de la prestación de garantías, tal y como establece el art. 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como lo previsto en el art. 173 de la Ley de Haciendas Locales para las entidades locales, y varios Estatutos de Autonomía para las Comunidades Autónomas. También hay quien defiende la exención de la exigencia de esa caución a las posibles entidades que, ejerciendo la acción pública, litiguen con el beneficio de justicia gratuita, ex art. 6.5 de la Ley 1/1996, de 10 de Enero, de asistencia jurídica gratuita.

DIMITRI BERBEROFF esboza un cierto panorama de incertidumbres, difuminado ante el desconocimiento de las causas que llevaron al legislador a introducir esa previsión o por la descripción comparativa con la modificación llevada a cabo en el ámbito penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, respecto de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, emergiendo, por otro lado, importantes dudas en torno a quién debe prestar la fianza, si hay exenciones, en qué cuantía o sobre cuando concurrirá una situación de peligro inminente, incógnitas que habrán de ser despejadas por el juez.

Para CHAMORRO GONZALEZ (ob.cit.), estamos ante otra innovación introducida por la Ley Orgánica 7/2015, en la LJ, de la que la Exposición de Motivos no nos da noticia alguna, por lo que no podemos extraer de la misma, criterio interpretativo alguno. Se plantea por algún sector de la doctrina, que la causa de su introducción es la necesidad de proteger las inversiones de adquirentes de nacionalidad extranjera de viviendas en las zonas costeras españolas que fueron declaradas contrarias a derecho y por tanto se ordenó su consecuente demolición.

Para MOREAU CARBONELL, E., al parecer, el art. 108.3 LJ es fruto de una enmienda del grupo parlamentario socialista en

Los múltiples interrogantes que planteaba hacían necesario el pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, como tribunal superior en todos los órdenes y máximo responsable de la unidad de interpretación de la jurisprudencia en España, al objeto de que nos iluminara sobre lo que el mismo quiere decir. Ha sido en los últimos meses y mediante reiteradas²⁶ sentencias dictadas en recursos de casación, al entender que se daba el *interés casacional objetivo* para la formación de jurisprudencia, conforme al artículo 88.1 LJ.

El supuesto de hecho básico que se le plantea al TS es el siguiente: el recurrente interpone recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo municipal del Ayuntamiento otorgando la licencia. Estimación de la demanda por el órgano judicial, anulando dicho acuerdo

el Senado con el objetivo de “fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, para proteger el derecho de propiedad, y de forma análoga al cambio introducido en el Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe”. Este precepto no aclara aspectos esenciales de la decisión judicial que quedan sin concreción legal: quién debe prestar la fianza, si el tercero era o no de buena fe, si la cuantía de la garantía es o no suficiente, cómo se van a determinar las indemnizaciones “debidas” (no dice “posibles”) o si concurre una situación de peligro inminente.

En fin, como señala TABOAS BENTANACHS (ob.cit.): encierran pluralidad de dudas y perplejidades a resolver en su momento por la Jurisprudencia.

²⁶ La existencia de tantas sentencias se debe a que en el momento en que fueron preparados los recursos de casación no se habían dictado las primeras de ellas estableciendo doctrina jurisprudencial. Un estudio de las más tempranas puede verse en el TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 729/2018 de 30 Jul. 2018, r. 466/2017.



y condenando a la Corporación local a adoptar las medidas adecuadas para la protección de la legalidad urbanística, incluida la demolición. Una vez, firme, ante la inactividad administrativa, se insta el incidente de ejecución de sentencia por el demandante.

La parte recurrente suele ser, en las sentencias estudiadas, algún interesado afectado personalmente por la edificación, o en la mayoría de los casos, algún tipo de Asociación para la defensa de los recursos naturales²⁷.

Anuladas las licencias de obras concedidas, y planteado el Incidente de Ejecución, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cantabria –Comunidad a la que se refiere la mayoría de las sentencias- venía dando un plazo (30 días) al Ayuntamiento para que le remitiera las escrituras de compraventa de los actuales propietarios así como la certificación registral a la fecha actual de las viviendas construidas y daba un plazo (30 días) al Gobierno de Cantabria para que le aportase proyecto de derribo de las viviendas afectadas. Las posturas y requerimientos de los Tribunales en esta fase tiene distintas variantes²⁸:

²⁷ En Cantabria, ARCA, Asociación para la defensa de los recursos naturales de Cantabria.

²⁸ El propio TSJ Cantabria (STS 27 noviembre 2018 r. 115/2017 o STS 28 junio 2018 r. 1/2016) acuerda la fijación de la suma que deberá ser objeto de prestación de garantía mediante el correspondiente crédito en el presupuesto del consistorio en la suma resultante de incrementar un 30% a cada una de las cuantías que figurasen como precio de adquisición de cada una de las viviendas o elementos, otorgando el plazo de cinco días al Ayuntamiento de Escalante para la aportación de toda la documentación que obre en su poder, relativa al edificio a demoler y que se refiera al IBI, al IIVTNU o a las distintas Tasas sobre servicios municipales. El mismo plazo para que la Comunidad de Propietarios puedan

continuar la ejecución, requerir al Ayuntamiento para que en el plazo de 30 días remita a la Sala las escrituras de compraventa o documentación sobre la adquisición de los propietarios no personados en autos, con la que se forma tomo aparte, y certificación registral a la fecha actual de todas las viviendas afectadas por la sentencia. Asimismo, se acuerda requerir al Gobierno de Cantabria o al Ayuntamiento para que procedan a la identificación de la persona responsable del derribo en cada una de las administraciones, debiendo informar sobre las actuaciones que se han llevado a cabo al respecto en el plazo de 30 días, con aportación en su caso de un calendario más detallado sobre el comienzo de las actuaciones de derribo, etc.

aportar las escrituras públicas de adquisición, en su día de las propiedades. La cuantía global así fijada será considerada como cantidad líquida, requiriéndose en dicho momento personalmente al Interventor del Ayuntamiento para que proceda a la consignación del crédito correspondiente en el plazo de 3 meses, con apercibimiento de incurrir en desobediencia caso de no llevar a efecto dicha consignación y de la posibilidad de imponer multas coercitivas. Requiere al Ayuntamiento de Escalante para que, en el mismo plazo de cinco días, identifique a la persona responsable del derribo e informe sobre las actuaciones que se han llevado a cabo al respecto en el plazo de un mes, con aportación en su caso del calendario de ejecución previsto para la demolición efectiva. El Juzgado Contencioso-administrativo de Santander (STS 22 enero 2019 r. 2048/20107) requiere al Ayuntamiento para que inicie los trámites precisos para informar cada 15 días de los mismos, con indicación de las cantidades calculadas a tal fin, personas afectadas, modalidades de garantía a prestar y procedimientos presupuestarios dirigidos a hacer posibles estas garantías, con apercibimiento de que, en caso de incumplir esta obligación, podrán imponerse multas coercitivas y deducir testimonio de particulares para proceder por delito de desobediencia.



El planteamiento de Incidentes de inejecución por las partes suele ser reiterativo, al amparo del artículo del art. 105 LJ, alegando imposibilidad material o legal de cumplir el fallo judicial, siendo paradigmático, el supuesto de nueva ordenación urbanística que es declarada nula judicialmente por tener la exclusiva finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia.

Entre los pronunciamientos del Tribunal Supremo, algunos se dictan con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo recurso de casación (STS 21 septiembre de 2017 r. 477/2016 Tolosa Tribiño, Bueu, Galicia) y la mayoría con su nueva y actual configuración²⁹, todas ellas de la Sección 5ª:

- ✓ 21 marzo 2018, S 475/2018, r 138/2017, Herrero Pina, Argoños, Cantabria.
- ✓ 21 marzo 2018, S 476/2018, r. 141/2017, Fdez Valverde, Argoños, Cantabria.
- ✓ 25 mayo 2018, S 868/2018, r. 325/2016, Tolosa Tribiño, A Guarda, Galicia.
- ✓ 1 de junio 2018, S 905/2018, r. 571/2017, Suay Rincón, Piélagos, Cantabria.
- ✓ 18 junio 2018, S 1020/2018, r. 1093/2017 César Tolosa Tribiño. Cataluña.

²⁹ El 22 de julio de 2016 entró en vigor el nuevo régimen del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa. La Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial configuró el nuevo recurso de casación en sede contencioso-administrativa, modificando los artículos 86 a 93 LJ. La citada reforma normativa suprimió los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de ley, instaurando y configurando un único sistema casacional, que pivota sobre la existencia de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

- ✓ 28 junio 2018, S 1102/2018, r. 1/2016, Fernández Valverde, Piélagos, Cantabria.
- ✓ 2 julio 2018, S 1119/2018 r. 1749/2017, Suay Rincón, Piélagos, Cantabria.
- ✓ 11 Julio 2018, S 1191/2018, r. 140/2017, Fdez. Valverde. Argoños, Cantabria.
- ✓ 27 nov. 2018, S 1673/2018, r. 115/2017, Olea Godoy, Escalante, Cantabria.
- ✓ 10 dic. 2018, S 1749/2018, r. 137/2017 Tolosa Tribiño, Argoños, Cantabria.
- ✓ 22 enero 2019, S 46/2019, r. 2048/2017, Trillo Alonso, Argoños, Cantabria.
- ✓ 28 enero 2019, S 62/2019, r. 5793/2017, Trillo Alonso, A Guarda, Galicia.
- ✓ 28 febrero 2019, S 263/2019 r. 139/2017, Huerta Garicano, Argoño, Cantabria.
- ✓ 4 abril 2019, S 460/2019, r. 1821/2017, Tolosa Tribiño, Argoño, Cantabria.

De los fundamentos de derecho de las resoluciones judiciales relacionadas podemos extraer unas ideas básicas de la exégesis que ha venido realizando el Tribunal Supremo en los últimos meses sobre el artículo 108.3 de la ley procesal contencioso-administrativa:

A. En cuanto a la **finalidad** del precepto, responde a la necesidad de atender a las situaciones de existencia de **procesos sobre regularización urbanística** de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable cuyo derecho, por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en el proceso, pero que puede verse



frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada³⁰.

Ciertamente en esta materia urbanística pueden plantearse procesos complejos en los que se cuestione el reconocimiento de derechos de distinta naturaleza, pero el precepto se refiere a ese concreto tipo de procesos en los que se discute la acomodación al planeamiento de determinadas construcciones o instalaciones y más específicamente, aquellos casos en que las construcciones incurrir en infracciones de tal entidad que impiden proceder a su regularización, de manera que el restablecimiento de la legalidad urbanística sólo puede llevarse a efecto mediante la demolición de lo construido y reposición de la realidad física alterada.

En consecuencia, el marco o ámbito en el que opera el procedimiento de ejecución de la correspondiente sentencia es la efectividad del derecho declarando la regularización de la legalidad urbanística, que ha constituido el objeto de debate en el proceso declarativo, y sobre el que se ha pronunciado el órgano jurisdiccional, con las garantías propias del procedimiento (con especial referencia al principio de contradicción procesal), y en el que, además, se propicia la intervención de quienes en el desarrollo del mismo puedan hacer valer derechos o intereses legítimos, que tienen igualmente la posibilidad de impugnar el resultado del proceso si se ha desconocido su derecho a ser parte en el mismo.

³⁰ TSJ de Cataluña (S 30 julio 2018, r. 466/2017 FD Séptimo), a la vista de las primeras sentencias del Supremo.

En este contexto hay dos razones o circunstancias fundamentales que determinan el alcance y contenido del precepto aquí examinado (STS 1 junio 2018, r. 571/2017): primera, la existencia de relaciones jurídicas derivadas de la promoción y construcción llevada a cabo con violación insubsanable de la normativa urbanística, en las que intervienen terceros ajenos a la actuación que se debate en el proceso, cuyos derechos se trata de proteger y garantizar.

La segunda, que las actividades de edificación y uso del suelo están sujetas, según la normativa urbanística, al correspondiente control administrativo mediante las oportunas licencias, autorizaciones, conformidades o aprobaciones (art. 11 LS15³¹) de manera que, al margen de otras imputaciones, es la propia Administración la que puede resultar responsable de los daños y perjuicios

³¹ Art. 11: Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo: 3. *Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.* En Castilla-La Mancha, el art. 156.1 TRLOTAU establece que las actividades y los actos de transformación y aprovechamiento del suelo objeto de ordenación territorial y urbanística quedaran sujetos en todo caso a control de su legalidad a través de las licencias, su autorización y el deber de comunicación previa, o los informes sustitutivos de estas.; la inspección urbanística, y el sometimiento a control posterior al inicio de actividades, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de las mismas y las órdenes individuales constitutivas de mandato para ejecución de actividades reguladas por la ordenación territorial y urbanística o la prohibición de las mismas.



derivados para terceros como consecuencia de su deficiente ejercicio de la potestad de control, cuando concurren las circunstancias legalmente exigidas (48 LS15³², en relación a los artículos 32 y siguientes de la LRJSP³³); responsabilidad que no es objeto de debate ni reclamación en el proceso de regularización urbanística ni, por lo tanto, de pronunciamiento alguno en la sentencia de cuya ejecución se trata, cuyo pronunciamiento de regularización urbanística no se altera o condiciona por la existencia de terceros perjudicados, que no afecta a la legalidad urbanística que se declara.

La finalidad del nuevo artículo 108.3 de la LJCA es dispensar protección a aquellas personas que disfrutaban de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que, tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba dicha edificación.

³² Art. 48 LS15: Supuestos indemnizatorios: Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: *d) La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.*

³³ En el Título Preliminar, Capítulo IV de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), se regula el sistema de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas, artículos 32 a 37. Se regulan los aspectos materiales y sustantivos, dejando los procesales para la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

El precepto no introduce una fórmula o procedimiento para el reconocimiento de derechos de terceros de buena fe sino para garantizar que, cuando tal reconocimiento se produzca en la forma legalmente establecida, exista la garantía precisa para su efectividad.

Lo que se persigue es garantizar que el reconocimiento del derecho de terceros a las indemnizaciones debidas, que se lleve a cabo en el correspondiente procedimiento, podrá hacerse efectivo convenientemente. No se trata de la tutela judicial propiciada a través de un pronunciamiento declarativo de derechos y condena a su efectividad sino de una actividad judicial garantista, asegurando que en su momento podrán hacerse efectivas indemnizaciones que resulten del procedimiento correspondiente.

B. El Tribunal Supremo no oculta las dificultades que plantea la determinación del **ámbito subjetivo** al que se refiere el precepto, dados los escuetos términos en que se expresa, "**terceros de buena fe**", que no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso.

No obstante, una interpretación sistemática del precepto, atendiendo a la finalidad perseguida, permite señalar o trazar el marco en el que ha de moverse el órgano judicial en su aplicación. Así, en sentido positivo, el precepto se refiere a terceros de buena fe que, en tal concepto, puedan resultar titulares de una indemnización debida, por lo que, teniendo en cuenta que hablar de indemnización debida implica, salvo excepciones, la buena fe del perjudicado, ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros que puedan resultar beneficiarios de una indemnización, es decir,



que puedan invocar e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización, condición que, consiguientemente, no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados.

En sentido negativo, la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad, que se trata de reparar mediante la indemnización debida, es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso, titulares de licencia, promotores,..., ha de estarse al ejercicio de su derecho en el proceso y las declaraciones efectuadas al respecto en la sentencia, ya que el art. 108.3 LJ trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo.

Como señala TOLOSA TROIBIÑO, magistrado del Tribunal Supremo y ponente de algunas de las sentencias recientes que han interpretado el precepto analizado: En efecto, la condición de terceros, con independencia de su caracterización como tutelados bajo el principio de buena fe, sólo puede predicarse de aquellos que resultan ser ajenos a una de estas dos relaciones jurídicas subyacentes, bien la relación procesal (será tercero quién no ha sido parte en el proceso) o bien en la relación material (la relación con la Administración competente para la obtención de la licencia). Fuera de estos supuestos podrá hablarse de perjudicados, pero no de terceros, de ahí que si el

legislador hubiera mostrado más cuidado al redactar el precepto debería, a mi juicio, haber hecho referencia al tercero adquirente de buena fe³⁴.

El Supremo señala expresamente que la condición de terceros de buena fe³⁵ no se puede predicar exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollan su actividad profesional sino que también incluye todo tipo de viviendas, como ahora las **segundas residencias**. Tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto el grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias (STS 25 mayo 2018, r. 325/2016).

El Tribunal se plantea si el concepto de tercero de buena fe debe entenderse que comprende a los titulares de otros derechos distintos del de propiedad que puedan sufrir perjuicios como consecuencia de la demolición. Entiende que, si el artículo estudiado pretende dispensar protección a aquellas personas que disfrutaban de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que, tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba dicha edificación, consecuentemente, el **titular y copropietario** que obtuvieron la licencia declarada nula no pueden ser considerados terceros de buena fe comprendidos en el precepto. En primer lugar, porque como titulares de la licencia han sido parte en el proceso y, en consecuencia,

³⁴ Ob.cit.: *La demolición de viviendas ilegales ...*

³⁵ CHAVES GARCIA, ob.cit.: en favor del tercero de buena fe auténtico, y no del desaprensivo que luchó en el litigio o que provocó la situación de ilegalidad.



no puede ser considerados terceros de buena fe. En segundo lugar, el artículo 108.3 LJ, viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso (STS 18 junio 2018, r. 1093/2017). Tampoco lo está el **promotor** que obtuvo la licencia declarada nula (STS 25 mayo 2018, r. 325/2016).

En su Sentencia de 18 junio 2018, r. 1093/2017 respondiendo a una de las cuestiones más relevantes que plantea el nuevo precepto, que exige analizar si esa condición de terceros sólo puede predicarse de los que ostenten un título de propiedad, o si también cabe extenderlo a quienes disfrutaban del inmueble por otro título, o a quienes por virtud de cualquier otra relación jurídica pueden resultar afectados y perjudicados por la demolición del inmueble, el Tribunal Supremo reitera su postura sobre los escuetos términos en que se expresa *terceros de buena fe*, que no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso, determinando que *examinando el supuesto objeto de enjuiciamiento, podemos afirmar, desde una perspectiva procesal, que no parece admisible que la parte trate de hacer valer derechos de terceros ajenos al proceso y, por otra parte, que los dos supuestos que se alegan en este caso, la entidad bancaria que concedió préstamo para la construcción de la edificación y el titular de un derecho de servidumbre de paso de gasoducto, que ni la parte es capaz de afirmar de forma tajante que quedaría*

afectada por la demolición, puedan estar amparados por las garantías previstas en el art. 108.3 LJ³⁶.

Entiendo que a los efectos de apreciar la buena fe del tercero, habrá que tener en cuenta si, conforme al artículo 65 LS15, en el momento de la adquisición de la vivienda se encontraba inscrito en el Registro de la Propiedad: La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o restauración de la legalidad urbanística (ap. c); o la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención (ap. f).

Por tanto, la condición de terceros de buena fe se restringe a aquéllos que han sido ajenos al proceso en el que se ha acordado la demolición y, además, a aquéllos supuestos donde no conste en el **Registro de la Propiedad** la **anotación** de la existencia del procedimiento de restitución de la legalidad³⁷.

³⁶ Ya reprochaba el TSJ de Cataluña, en el auto recurrido, que fuera la propietaria del inmueble que ilegalmente edificó, la que alegara la necesidad de garantizar los posibles daños al Banco y al titular de la servidumbre, cuya indebida petición en tal sentido únicamente puede tener una *finalidad dilatoria y obstaculizadora de la ejecución*. Además, entendía que *resulta absurdo pretender que el derribo acordado vaya a perjudicar al mero derecho de servidumbre que sobre la finca obra en la nota registral aportada por la parte, derivado del paso de un gasoducto*.

³⁷ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.1 LS15, apartados f) y g), serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención y los actos administrativos y



El artículo 56 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística regula la anotación preventiva de incoación de expedientes de disciplina urbanística de los que resulte la reposición de los bienes afectados al estado que tuvieran con anterioridad a la infracción, como también lo establece el artículo 65.1.c del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

De este modo, el adquirente de un inmueble donde conste registralmente anotada dicha previsión se verá desposeído de la condición de tercero de buena fe a los efectos del artículo 108.3.

Quedan aún muchas dudas sobre los distintos sujetos que han podido intervenir en el proceso de otorgamiento y anulación de la autorización edificatoria como en el incidente de ejecución. Reflexiona TABOAS BENTANACHS³⁸, sobre la legitimación pasiva para el aseguramiento con garantía suficiente del pago de indemnizaciones, en supuestos complejos, puesto que puede concurrir, como tantas veces se presenta, que exista la concurrencia de varias administraciones en el supuesto –en su caso con la operativa de titulaciones habilitantes concurrentes que se estiman disconformes a derecho o de informes vinculantes, entre otros supuestos-, en una situación que no han formado parte

las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación a que se refiere la letra anterior, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento.

³⁸ TABOAS BENTANACHS, ob.cit.

del proceso hasta el momento de la ejecución y ahora se discute que sean las que deban prestar la correspondiente garantía –más todavía y quizá todo ello adornado además por conductas de otros terceros privados, técnicos o constructores, concausantes en mayor o menor medida del resultado producido-.

C. Es necesario, con carácter **previo a la demolición** urbanística del inmueble, que el órgano judicial adopte las **medidas de aseguramiento** necesarias para hacer frente a las indemnizaciones que puedan corresponder a los terceros de buena fe. Sólo está obligado a fijar la garantía suficiente para hacer frente a las eventuales indemnizaciones.

La adopción de garantías no se refiere a una indemnización preestablecida y cuantificada y que, en consecuencia, su alcance y contenido responda al juicio o valoración del Juez o Tribunal atendiendo a las circunstancias del caso (personas y bienes afectados, formas de garantía).

Corresponde al órgano judicial concretar en cada caso el concepto jurídico indeterminado, **garantías suficientes**, que no supone el reconocimiento del derecho de terceros a una determinada indemnización sino, únicamente, el aseguramiento de manera cautelar ante la advertida existencia de terceros afectados en su situación patrimonial.

El órgano judicial competente para la ejecución de la sentencia no debe determinar el carácter debido de las indemnizaciones estableciendo su importe, Administración responsable y los terceros de buena fe titulares del derecho a la indemnización, con el fin de proceder a garantizar las mismas en su importe exacto y determinado por parte de la Administración. Por tanto,



esas declaraciones no interrumpen el proceso de demolición, y no impide que se vayan adoptando las medidas convenientes para hacer efectiva en su momento la demolición.

D. La determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la **responsabilidad patrimonial** de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas, de manera que el pronunciamiento al respecto en incidente de ejecución de sentencia supondría, como señala el Tribunal Constitucional, resolver sobre cuestiones no abordadas ni decididas en el proceso. La determinación de la eventual responsabilidad en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística, supone introducir un trámite ajeno a la propia ejecución de la sentencia.

Ante la alegación del Ayuntamiento³⁹ (STS 28 enero 2019, r. 5793/2017) de que se había iniciado un expediente de responsabilidad patrimonial, aclara el TS

³⁹ STS 28 enero 2019, r. 5793/2017, donde el Juzgado de lo Contencioso Administrativo acuerda requerir al Concello de A Guarda, para que en el plazo de diez días le informe a sobre si existe un procedimiento administrativo abierto sobre responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios ocasionados con la concesión de licencia ilegal; y para el caso de que no exista tal procedimiento, se exige de la administración municipal demandada que en plazo máximo de dos meses ofrezca al juzgado garantía, caución o fianza bastantes para cubrir los daños y perjuicios que haya de reportar el derribo.

que ninguna incompatibilidad se advierte entre el hecho de que la administración por mandato judicial, incluso por iniciativa propia, inicie un procedimiento de responsabilidad patrimonial para fijar las indemnizaciones derivadas de una ilegalidad urbanística, con la concreta aplicación del art. 108.3 LJ, dado que si dicho expediente culmina y se abonan las indemnizaciones fijadas en el mismo, resulta evidente que no será preciso el juego del precepto controvertido, dado que los derechos de los terceros afectados no necesitarán ser garantizados, al haber quedado previamente completamente satisfechos. Por tanto, la apertura de un expediente de responsabilidad patrimonial que finaliza con el abono de las indemnizaciones fijadas hace innecesaria la aplicación del art. 108.3 LJ.

Indemnizaciones debidas no hace referencia a líquidas, determinadas y exigibles. No hay necesidad de que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de la sentencia o como incidente del mismo, se efectúe una declaración sobre el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, fijando su cuantía y la entidad responsable.

La exigencia de prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe se configura como un **trámite integrado en la ejecución** de sentencia, que no implica el reconocimiento de sus derechos, y que persigue la efectividad de los mismos cuando tal reconocimiento se produzca al margen del proceso. No se precisa la tramitación de **procedimiento contradictorio** ni se requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero



y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional⁴⁰.

La demolición no se condiciona, por tanto, a la determinación del carácter debido de las indemnizaciones.

Es decir, el artículo 108.3 no exige que se tramite un **expediente de responsabilidad patrimonial** por parte de la Administración pública, dentro del incidente de ejecución de la sentencia, en el que se identifique a todos los terceros de buena fe beneficiarios de la indemnización, sin perjuicio de que la existencia de un procedimiento abierto de responsabilidad patrimonial constituye un elemento indiciario de la existencia de terceros perjudicados a efectos de la fijación de garantías.

E. Debe reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos

⁴⁰ En este sentido, también, el TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 729/2018 de 30 Jul. 2018, Rec. 466/2017.

entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo. Así, resulta de lo establecido en los arts. 103.2 (forma y términos que la sentencia consigne), 104.1 (puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones del fallo), 105.1 y 109.1 (total ejecución de la sentencia), todos de la LJ, y por ello, en relación al principio general contenido en el art. 570 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LECiv) conforme al cual la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor.

El artículo 108.3 LJ **no constituye un supuesto de inejecución** de sentencias por causas legales o materiales, sino que su virtualidad se manifiesta en un momento propio de la fase de ejecución, exigiendo una garantía para que se lleve a cabo (STS 1 junio 2018, r. 571/2017).

Señala el Tribunal Supremo, en su temprana sentencia de 21 de septiembre de 2017, que tanto desde una perspectiva temporal como sistemática, se puede afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, mientras el artículo 105 LJ⁴¹ lo que prevé son

⁴¹ Art. 105. LJ: 1. *No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo.* 2. *Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento*



supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el 108.3 LJ se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.

No constituye ninguno de los dos supuestos regulados en el art. 105, esto es, no estamos ante imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia, dado que ni se ha producido un cambio en la normativa tenida en consideración para acordar la demolición de lo ilícitamente construido, ni tal demolición aparece como materialmente imposible. El artículo 108.3 LJ no constituye ni integra un supuesto de imposibilidad ni de suspensión de la ejecución, ni reforma el art. 109, ni el 105, sino que introduce dentro de las medidas coercitivas o ejecutivas que puede adoptar el juez, en el seno de la ejecución forzosa (es decir, cuando el ejecutado no cumple voluntariamente, posibilidad que nadie excluye, incluida la prestación de garantías) de un fallo que impone una obligación de hacer, concretamente, cuando ese hacer es la demolición de inmuebles por declarar contraria a la normativa su construcción.

Los únicos supuestos en que es legítimo que el fallo no sea ejecutado en sus propios términos son aquellos en

lo manifestará a la autoridad judicial ..., a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

que dicha ejecución *in natura* resulte imposible en los términos del art. 105.2 LJ, correspondiendo en exclusiva a los órganos judiciales examinar la concurrencia de los limitados supuestos que dicho precepto establece. La conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se convierte así en el punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta nueva previsión normativa.

Cuando nos situamos en el ámbito de la ejecución de sentencias, urbanísticas o no, nunca se debe perder la perspectiva de que estamos ante una de las tareas principales que forman parte de la función jurisdiccional, tal y como la entienden el art. 117 CE y art. 2 LOPJ. Ha sido el Tribunal Constitucional el que ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la ejecución de sentencias, (SSTS 187/2002 Y 224/2004). La doctrina expuesta, sentada en la jurisdicción interna sobre la ejecución de sentencias, coincide, en lo fundamental con el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al interpretar y analizar el contenido del derecho a un proceso justo, recogido en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴².

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y

⁴² En este sentido, TOLOSA TRIBIÑO, ob.cit.: *La demolición de viviendas ...*



exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

El art. 108.3 LJ no vulnera el artículo 24 de la Constitución. Antes bien, precisamente, pudiera suceder esto así, de entenderse que el precepto impide la ejecución de sentencias.

F. Recuerda el Tribunal Supremo que **el interés preeminente en la ejecución de la sentencia es el restablecimiento de la legalidad urbanística**, que constituye el pronunciamiento judicial en respuesta a la tutela judicial demandada en el proceso, de manera que la exigencia de garantías en previsión de posibles responsabilidades frente a terceros, ha de llevarse a cabo por el órgano judicial sin perder de vista ese interés preeminente y valorando, en consecuencia, la incidencia que puedan tener en la efectiva ejecución en tiempo y forma del derecho declarado en la sentencia. Si junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, se ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

La garantía de los derechos de terceros no se puede convertir en un importante y desproporcionado obstáculo para la realización y efectividad de los derechos reconocidos en el proceso, resultado que evidentemente está muy lejos y es contrario a la finalidad perseguida por el legislador al introducir el precepto examinado.

La jurisprudencia del Alto Tribunal había declarado reiteradamente, desde su sentencia de 12 de mayo de 2006, que los terceros adquirentes no están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. La Sala 3ª contempla un conflicto que afecta al interés privado de los terceros adquirentes y al interés público en el mantenimiento de la legalidad urbanística. La solución no puede ser otra. Los derechos particulares deben sacrificarse en beneficio del interés público, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que correspondan. Sobre la protección hipotecaria prevalece el cumplimiento de los deberes urbanísticos en los que queda subrogado el nuevo propietario⁴³.

⁴³ En este sentido la STS de 12 de mayo de 2006 señala lo siguiente: «(...) ha de afirmarse que los terceros de adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuáles pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que los adquirieron, o



Doctrina, la anterior, que en opinión de TOLOSA TRIBIÑO⁴⁴ no existe discrepancias con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de

a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución.

No están protegidos por el art. 34 LH porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico.

Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el art. 21.1 de la Ley 6/1998 (...)».

La fe pública registral y el acceso de los derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsanan el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico; de tal forma que, en la confrontación entre los intereses privados de los terceros adquirentes y el interés público derivado de las exigencias constitucionales de garantía del cumplimiento de las sentencias, debe primar éste último.

«(...) Frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquel hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos.» (STS 9 julio 2007).

⁴⁴ Ob.cit.: *la demolición de viviendas ...*

demolición de viviendas en conexión con algunos de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁵, quien nos recuerda que la doctrina general del Tribunal establece que *si la medida de demolición se adopta para restablecer el orden jurídico o para proteger el medioambiente, el fin es legítimo, sin que pueda impedirse por la transmisión de la propiedad a terceros de buena fe, pues en tal caso tendrían que tolerarse construcciones ilegales cada vez que se cambiase de propietario.*

G. Sobre si debe **indagar el juez** sobre los terceros de buena fe o si son éstos los que deben incorporarse a ejercitar sus derechos, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5^a, Sentencia 1191/2018 de 11 Jul. 2018, Rec. 140/2017, se limita a señalar que:

Si corresponde al Juez o Tribunal promover la identificación y emplazamiento de los posibles terceros de buena fe titulares de un eventual derecho de indemnización.

El precepto no introduce una fórmula o procedimiento para el reconocimiento de derechos de terceros de buena fe sino para garantizar que, cuando tal reconocimiento se produzca en la forma legalmente establecida, exista la garantía precisa para su efectividad.

H. El Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia 62/2019 de 28 Enero 2019, r. 5793/2017 rechaza la inaplicación a la administración de la previsión del artículo 108.3 de la ley jurisdiccional con fundamento en



la prerrogativa que le otorga el **artículo 173.2⁴⁶ del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL)**, precepto éste que se denuncia como infringido en relación con la disposición adicional cuarta, apartado 2, y artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Concluye, confirmando lo declarado por el TSJ Galicia, que el artículo 108.3 no sólo es una norma especial referida específicamente al aseguramiento de una orden de demolición acordada en sentencia, y cuya ejecución se pretende, esto es, una norma procesal, sino también una norma posterior al TRLHL, cuya inaplicación a la administración en los términos que se pretende dejaría prácticamente sin contenido la indicada norma⁴⁷.

⁴⁶ Art. 137.2 TRLHL: Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.

⁴⁷ El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Pontevedra, requirió al Concello de A Guarda para que en el plazo máximo de dos meses ofreciera al juzgado garantía, caución o fianza bastantes para cubrir los daños y perjuicios que pudiera reportarle el derribo al propietario. Recurre en apelación el Concello alegando que infringe lo dispuesto en el artículo 173.2 del TRHL en lo referente a dichas exigencias. El recurso es desestimado por el TSJ Galicia, al entender que el artículo 108.3 LJ fue añadido por la disposición final 3.4 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. La citada ley orgánica es posterior al TRLHL y además se trata de una norma que regula un supuesto especial. Lo que entiende prevalece, por ambas razones, sobre la regla general contenida en el precepto que

I. Resuelve el Alto Tribunal las dudas planteadas sobre si la reforma afecta a las sentencias que se han dictado antes de la vigencia de la modificación legal, a los incidentes de ejecución iniciados antes de la vigencia de la modificación legal; o bien sólo afectará a las sentencias o incidentes de ejecución correspondientes a procesos contenciosos iniciados tras su publicación.

Advierte, ya desde su primera sentencia (21 septiembre 2017) que el primer problema que plantea la aplicación del nuevo precepto es de carácter temporal, esto es, se trata de discernir si resulta aplicable con carácter exclusivo a aquellas sentencias dictadas a partir de su entrada en vigor, lo que ha de reconocerse desactivaría el mecanismo en gran medida, o, si por el contrario, resulta igualmente de **aplicación a las sentencias dictadas con anterioridad** a tal momento, cuya ejecución se encuentra pendiente de consumación, esto es, aquellos supuestos, por lo demás excesivamente frecuentes, en los que la demolición no se ha materializado pese al transcurso del tiempo.

Para resolver la cuestión, señala que la Disposición final décima de la Ley Orgánica 7/2015, de reforma de la LOPJ relativa a su entrada en vigor, dispone: *La presente Ley entrará en vigor el día 1 de octubre de 2015, excepto los apartados uno, dos y cinco de la disposición final tercera, que lo harán al año de su publicación.* Visto el tenor literal de la citada disposición y no existiendo norma específica de derecho transitorio, cabe preguntarse si

invoca la parte apelante. Sin que se pueda exigir a un Ayuntamiento que realice el depósito de una cantidad de dinero, sino que preste garantías suficientes, lo que obviamente se puede hacer en cualquiera de las clases admitidas en derecho. Criterio acogido por el TS en su reciente sentencia 28 enero 2019 (r 5793/2017).



conforme a la doctrina general en materia de retroactividad de las normas, el citado precepto (art. 108.3 LJ) resulta de aplicación a la ejecución de sentencias que se han dictado antes de la vigencia de la modificación legal o, por el contrario, sólo afectaría a las sentencias o incidentes de ejecución correspondientes a procesos contenciosos iniciados tras su entrada en vigor.

La solución a la cuestión de la aplicación temporal del art. 108.3, exigía concretar la caracterización de dicho precepto como una regulación de naturaleza sustantiva o procesal, concluyendo el TS que puede afirmarse que nos encontramos ante una norma procesal, incluida en legislación procesal y además sobre incidente procesal de ejecución, fallando finalmente que el precepto estudiado resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución. Es decir, **resulta de aplicación a aquellos procedimientos de ejecución que deriven de sentencias que hayan sido dictadas con anterioridad a la entrada en vigor del mismo.**

V. CONCLUSIONES.

En primer lugar, de la lectura de las sentencias del Tribunal Supremo estudiadas se deduce la trascendencia de las distintas Asociaciones que se forman para la defensa de los recursos naturales y del medio ambiente, valor éste íntimamente ligado actualmente al urbanismo. El desarrollo territorial y urbano ha de ser sostenible. Herramienta fundamental en esta materia (como en patrimonio histórico, costas, etc.) el establecimiento de la acción pública urbanística.

La mayoría de los pronunciamiento del Supremo están referidos a municipios de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y en la práctica totalidad de los asuntos se encuentra como parte la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ANCA), primeramente ejercitando la acción pública urbanística solicitando la nulidad de las licencias y en algunos casos del instrumento urbanístico que le da cobertura, y posteriormente instando el incidente de ejecución para que el restablecimiento de la realidad física alterada sea efectivo. Sorprende (o quizás no) la concentración territorial y la reiteración de las partes en los fallos analizados. Podrá ser porque en otros lugares se cumplen las ordenes de demolición o porque no⁴⁸.

En segundo lugar, el art. 108.3 LJ planteaba y plantea múltiples interrogantes, y puede ser aplicado a situaciones muy diversas, dados los distintos sujetos que intervienen en el proceso inmobiliario como promotores, constructores, administraciones autorizantes o sucesivos compradores del producto. Son bastantes las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, pero no han agotado las distintas posibilidades de aplicación que pueden darse, además, de ser muchas de ellas reiterativas, dado que cuando se dictaba el Auto de admisión no se había pronunciado todavía mediante Sentencia en los anteriores. Así lo reconoce el propio Tribunal: Resulta, pues, obvio que *subsisten sin duda distintos extremos que precisan ser esclarecidos en torno al alcance del artículo 108.3 LJ* (STS 11 julio 2018, r. 140/2017).

⁴⁸ En palabras de MORENO GRAU, ob.cit.: El problema es que el legislador vive en otro mundo. La realidad muestra que si no hay alguien ajeno a la Administración empujando las demoliciones no suelen producirse.



En consecuencia, nos queda todavía por conocer muchas interpretaciones del Alto Tribunal sobre los diversos aspectos que aún generan importantes dudas. Como muestra algún botón. El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Auto 8 enero 2019, r. 5759/2018, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJ, en relación con el artículo 90.4 de la misma, ha admitido a trámite recurso de casación y precisa que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar:

a) la posible extensión del ámbito objetivo de aplicación del artículo 108.3 de la LJ no sólo a las obras realizadas al amparo de una licencia anulada, sino también a las obras realizadas sin licencia; y

b) si cabe la exigencia de garantías suficientes a las que se refiere el precepto no sólo a la Administración sino también a terceros tales como los promotores de las obras a demoler, y en tal caso, si lo es de forma aislada o de forma conjunta con la Administración, solidaria o subsidiariamente, precisando asimismo cómo debería sustanciarse procesalmente dicha exigencia

Cabe preguntarse también, por ejemplo, si la condición de tercero de buena fe se perdería en caso de ser emplazados en el proceso contencioso-administrativo conforme al art. 49 LJ, cuestión con opiniones diversas⁴⁹.

⁴⁹ MORENO GRAU, ob.cit.: Creo que no. Su buena o mala fe tendrá que apreciarse en relación con el momento en que se produjo la adquisición del inmueble. El propio emplazamiento implica que la adquisición ya se habrá producido, por tanto, su posibilidad de participación en el proceso como codemandados no alterará su condición de terceros adquirentes de buena fe.

En tercer lugar, dada la redacción del precepto y su interpretación judicial, la protección que se dispensa es diferida e incierta. Dado que en el incidente de ejecución no se establece derecho alguno para quien compró la vivienda amparado en la apariencia de legalidad que da las autorizaciones administraciones e incluso inscripciones registrales, el inmueble será demolido, y será posteriormente cuando se decida sobre su derecho a ser resarcido y por quien, que debería coincidir –será lo lógico- con quien ha prestado la garantía⁵⁰.

Bibliografía:

ALONSO IBAÑEZ, M. R: *La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones: medidas legales*, en Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, vol. I, Iustel, Madrid, 2014, pp. 963-994.

ARROYO, A. y RODRIGUEZ FLORIDO, I. (2019). La demolición de inmuebles y el artículo 108.3 LJCA: *análisis de los recientes pronunciamientos judiciales*.

Su conocimiento formal de la situación sobreviene por el emplazamiento, pero eso no puede ya afectar a un hecho pasado como es su ignorancia, salvo prueba en contrario, de la controversia urbanística en el momento en que firmaron sus contratos. Desde luego que debe abrirseles la puerta a la participación en el proceso, pero esto afecta sólo a la legítima defensa judicial de sus derechos y a la validez de la actuación judicial. En sentido contrario, POMED SANCHEZ, ob.cit.

⁵⁰ En este sentido, GOMEZ FERNANDEZ, ob.cit., quien propugna incluso una modificación del precepto.



Revista de Administración Pública, 208, 325-355. doi:
<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.11>.

CHAVES GARCIA, J.M.:
<https://delajusticia.com/2018/04/06/demoliciones-garantias-y-otras-tropelias>. 6 abril 2018.

DESDENTADO DAROCA, E., *El tortuoso camino de las demoliciones urbanísticas*. La Ley 9588/2018.

DIMITRI BERBEROFF, Coordinador. CHAMORRO GONZALEZ, J.M.; GARCIA MORAGO, H.; MORENO GRAU, J.; MOREU CARBONELL, E.; POMED SANCHEZ, L.; TABOAS BENTANACHS, M.; *Inejecución de sentencias urbanísticas: artículos 105.2 y 108.3 LRJCA*. FORO ABIERTO. Publicado nº 45 Revista digital de Urbanismo de Lefebvre-El Derecho (octubre 2016).

GARCIA MORAGO, H., *Reflexiones a propósito del nuevo apartado 3 del artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sobre el nuevo artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria*. Revista de Urbanismo Lefebvre-el Derecho, Núm. 35, noviembre 2015.

GOMEZ FERNANDEZ, D.:
<https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/singl-e-post/2018/03/26/El-Tribunal-Supremo-fija-doctrina-sobre-el-art-1083-LJCA>. Marzo 2018.

GONZALEZ BOTIJA, F. y RUIZ LOPEZ, MIGUEL ANGEL. *La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*. Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación núm. 35/2015 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2015.

MARTIN REBOLLO, L., *Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril)*. Revista de urbanismo y edificación , N°. 28, 2013.

MARTINEZ HELLIN, J., *La ejecución de sentencias urbanísticas tras la reforma del artículo 108.3 de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. La protección de los derechos de los terceros de buena fe*. El Consultor de los Ayuntamientos, N° 6, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 30 Mar. al 14 Abr. 2016, Ref. 626/2016, pág. 626, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 1440/2016.

PULIDO QUECEDO, M., *A vueltas con la "suspensión" autonómica de órdenes de demolición judiciales a la luz del art 105.2 de la LJCA. (Comentario a la STC 254/2015, de 30 de noviembre)*. Publicado nº 38 Revista de Urbanismo Lefebvre-El Derecho (febrero de 2016).

TOLOSA TRIBIÑO, C., *La demolición de viviendas ilegales, el artículo 108.3 de la LJCA y la protección de los derechos fundamentales en la doctrina del TEDH*. Revista de Urbanismo, Lefebvre-El Derecho, Número 72, marzo 2019.

TOLOSA TRIBIÑO, C., *La aplicación judicial del art. 108.3 LJCA: certezas e incertidumbre*. Revista de Urbanismo Lefebvre-el Derecho, Número 62, abril 2018.

LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN (II): LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

“THE INNOVATION PARTNERSHIP FROM THE
PERSPECTIVE OF THE GOOD ADMINISTRATION
(II): THE INNOVATION PARTNERSHIP”

Jose Ignacio Herce Maza

Abogado en ejercicio.
Investigador Asociado en Ius Publicum Innovatio.
Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad
de A Coruña.

Resumen: La normativa europea sobre contratación pública ha superado el paradigma clásico de la compra pública en la medida en que la considera un verdadero motor para el fomento de políticas públicas en lugar de una mera interacción comprador-vendedor.

Una de las materias que pretende impulsar la normativa comunitaria sobre la contratación pública es la innovación, lo que tiene reflejo en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros. En este marco comunitario nace el procedimiento denominado como asociación para la innovación destinado al desarrollo y posterior adquisición de productos que necesita la Administración Pública pero que no están



disponibles en el mercado. Su carácter novedoso, las potestades discrecionales que se encuentran en su seno y, sobre todo, la incertidumbre que lleva aparejado todo proceso de innovación requieren que dicho procedimiento se estudie y lleve a la práctica desde la óptica de la buena administración en sentido amplio.

Palabras clave: Asociación para la innovación, buena administración, contratación pública, innovación, compra pública innovadora.

Abstract: The European public procurement law has overtaken the classic paradigm of public procurement of innovation, which is reflected in the national legal systems (domestic law) of the Member States. Within this community framework, the procedure known as "Innovation partnership" is created, for the development and subsequent procurement of the products that the public Administration needs, but which are not available on the market. Its new nature, the discretionary powers that are found within it and, above all, the uncertainty attached to any innovation process, require the study and implementation of this process from the perspective of the good administration in a broad sense.

Keywords: Innovation Partnership, Good Administration, Public Procurement, Innovation, Public Procurement of Innovation.

Sumario: I. RECAPITULACIONES: BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN.- II. EL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA.- III. LA VISIÓN DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 1. Consideraciones previas.- 2. Fase preparatoria del

contrato e inicio del procedimiento: consultas preliminares al mercado y redacción de pliegos desde la buena administración.- 3. Convocatoria del anuncio de licitación y solicitudes de participación.- 4. Selección de los candidatos que pasarán a formar parte del procedimiento de negociación.- 5. Presentación de proyectos de investigación y desarrollo de las negociaciones.- 6. Adjudicación de los contratos.- 7. Formación de la asociación para la innovación y fase de ejecución.- 8. Adquisición del resultado de la investigación en el seno de la asociación para la innovación.- IV. CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. RECAPITULACIONES: BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN.

En la primera parte de este trabajo “La asociación para la innovación desde la óptica de la buena administración (I): buena administración y compra pública de innovación”, publicado en esta misma Revista, se hizo referencia especialmente a la buena administración en la contratación pública y a las manifestaciones de la denominada compra pública de innovación en la normativa comunitaria y española sobre contratos públicos. Ambos elementos son fundamentales para entender el procedimiento de asociación para la innovación y estudiar su dinámica de funcionamiento bajo los postulados y paradigmas de la buena administración en sentido amplio. En este artículo se estudiará con detalle el referido procedimiento, novedoso en el Derecho español de contratos del sector público, si bien es cierto se encontraba ya en el acervo comunitario desde el año 2014.



Se destacó, en primer lugar, como la buena administración posee un recorrido histórico importante y ha generado diferentes tesis y visiones en relación con ella. En el estudio se puso de manifiesto que se defenderá la posición de la buena administración como derecho fundamental en un sentido amplio, en contraposición a quién lo comprende e interpreta como un mero sistema de garantías procedimentales en el seno del procedimiento administrativo. Con ello se pretende decir que se entenderá como un parámetro de evaluación y control de la Administración que incluye consideraciones éticas sobre su actividad. La concepción amplia de la buena administración parte del reconocimiento de la dignidad de la persona y de su protagonismo en el Ordenamiento jurídico. Puede comprobarse como los parámetros de control a la Administración a través de la buena administración completan, dentro del Derecho, al marco legal positivo alejándose de concepciones de *ius strictum*.

De esta manera, la buena administración se configura como un auténtico mecanismo de valoración de la actuación de los poderes públicos que incluye una serie de principios éticos que han de marcar el camino a la Administración a realizar actuaciones, dentro de sus competencias y posibilidades reales y materiales, al fortalecimiento de la dignidad de la persona. Todo ello sin perder de vista el Derecho positivo en la medida en que defiende estas posiciones dentro de la cláusula constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho.

Se diferenció también entre buen gobierno y buena administración, basándose la segunda, *lato sensu*, en la gestión administrativa. En este caso concreto nos referimos a la gestión de la política pública, dicho de otra manera, la ejecución de la política pública sobre la

contratación de conformidad al derecho de las compras públicas y al resto de la normativa concordante y de aplicación.

No es cuestión baladí defender la buena administración de la contratación pública dado que una buena administración facilita la satisfacción de los intereses generales, fortalece la iniciativa privada y promueve el desarrollo empresarial. Esta visión de la contratación pública además de referirse a la buena administración desde la diligencia en la realización de todos los actos relativos al proceso de contratación también entra a valorar y a posicionarse en la aptitud de la contratación pública para potenciar la dignidad de la persona y, por supuesto, servir objetivamente a los fines de interés general mediante la aplicación del derecho de la contratación pública con diligencia y honradez.

Se hizo referencia también a las manifestaciones de la compra pública de innovación presentes en el Ordenamiento comunitario y reflejadas en el derecho español de contratación pública. Dicho fenómeno parte de la normativa comunitaria y podría afirmarse que se consagra en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que considera la investigación y la innovación como motores del crecimiento futuro.

Dicha Compra Pública de Innovación ayuda al crecimiento y desarrollo económico, permite un incremento de la eficiencia en la prestación de servicios públicos, contribuye a implementar políticas de carácter social y medioambiental así como otras de interés general, siendo todas ellas innovadoras. Con ella se puede dar respuesta a los nuevos desafíos del siglo XXI promoviendo un desarrollo económico sostenible e inteligente. En este marco el procedimiento de



asociación para la innovación se muestra idóneo para aterrizar ciertas ideas innovadoras, para dar respuestas a necesidades que no pueden cubrirse acudiendo al mercado, de tal manera que se conviertan en nuevas obras, productos o servicios que lideren el cambio social.

La compra pública de innovación tiene una serie de implicaciones prácticas que se plasman en la legislación en materia de contratación pública y que se refieren a dos modalidades de actuación en compra pública de innovación y fórmulas que pueden aplicarse en la compra pública ordinaria aplicada a la innovación. Esta última se basa en el empleo de las técnicas de la contratación pública ordinaria (procedimientos de adjudicación y tipologías contractuales) para la adquisición de obras, productos y servicios de un marcado carácter innovador.

Con carácter previo a estudiar las manifestaciones de la compra pública de innovación se hizo referencia a las consultas preliminares del mercado y su importancia para la realización adecuada de un procedimiento de contratación con las incertidumbres características de la compra de productos innovadores. En el caso de la asociación para la innovación dichas incertidumbres se trasladan también a la fase de desarrollo del producto, como se verá más adelante.

Con las consultas preliminares del mercado se establece un mecanismo de diálogo e intercambio de conocimientos que permite a la Administración conocer la situación real del mercado. En definitiva, el sector privado presta apoyo al poder adjudicador de tal manera que le permita determinar si el mercado puede o no satisfacer sus necesidades, definirlas adecuadamente, establecer las especificaciones técnicas del contrato con precisión y coherencia, etc.

Una vez estudiadas las consultas preliminares al mercado, se entró en detalle en las modalidades de compra pública de innovación a partir de la Guía 2.0 para la compra pública de innovación elaborada por MINECO en el año 2015. Son la compra pública precomercial y la compra pública de tecnología innovadora.

La compra pública precomercial no deja de ser una contratación de servicios y desarrollo remunerada íntegramente por la entidad contratante y que se caracteriza porque el comprador público no se reserva los resultados de la investigación para su propio uso en exclusividad, sino que comparte con las empresas los riesgos y beneficios necesarios para desarrollar soluciones innovadoras que superen las previstas en el mercado.

Por otra parte, la compra pública de tecnología innovadora, se refiere a la adquisición de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un razonable periodo de tiempo. Es necesario el desarrollo de tecnología nueva o mejorada. En este caso, el elemento realmente particular es la innovación que se trasladará a un nivel técnico.

Finalmente, se estudió la operativa de la compra pública ordinaria para la realización de la compra pública de tecnología innovadora, y es que, mediante la adecuada organización y aplicación de los procedimientos de contratación y tipologías contractuales pueden determinarse especificidades en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que adapten el proceso de contratación a la compra de obras, productos o servicios de carácter innovador. En este sentido pueden determinarse especificidades como el establecimiento de particularidades funcionales,



especificaciones técnicas, criterios de adjudicación, admisión de variantes o condiciones para la presentación de proposiciones. Esta materia, de elevada complejidad técnica, deberá articularse y organizarse siempre bajo el paraguas del paradigma de la buena administración en sentido amplio.

Con ello se señala que podrán iniciarse procesos de licitación de compra pública de innovación de conformidad con lo previsto para procedimientos regulados 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, Ley 9/2017, de 8 de noviembre), esto es: procedimiento abierto (art. 156 y ss.), procedimiento abierto simplificado (art. 159), procedimiento restringido (art. 160 y ss.), procedimientos con negociación (art. 166 y ss.), diálogo competitivo (art. 172 y ss.) y asociación para la innovación (art. 177 y ss.), tratándose este último en exclusiva en el presente artículo dada su sustantividad propia y su carácter de procedimiento especial. Es necesario que la Administración realice un análisis de estas figuras procedimentales y seleccione la más adecuada siempre desde la visión de la buena administración.

Para finalizar esta breve recapitulación de lo estudiado en el artículo anterior y, sobre todo, a modo de inicio de este trabajo, es *conditio sine qua non* señalar que dentro de la Compra Pública de Innovación es especialmente destacado el objeto de este estudio, la "asociación para la innovación" tanto por su carácter novedoso como por su complejidad.

Este procedimiento de adjudicación se introdujo en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE), que señala en su art. 31 que *tendrá como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes*, cuyo interés es indiscutible no sólo por la relación entre la buena administración y la compra pública de innovación, sino por su reciente novedad tras su inclusión en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre y su plena vigencia en el Derecho español. Dicho procedimiento se estudiará a continuación desde la visión de la buena administración.

II. EL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA.

Es a través de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE por la que se introduce por primera vez en el Derecho comunitario el procedimiento denominado como “asociación para la innovación”.

Este procedimiento de adjudicación nuevo se entiende y se justifica en el marco al que ya se ha hecho referencia de la compra pública innovadora que parte de la Unión Europea y tiene como principal misión poner a disposición del poder adjudicador una modalidad contractual gracias a la cual pueda satisfacer sus necesidades relativas a la obtención de productos, servicios u obras que no puedan encontrarse en el mercado.



No hay que perder de vista que las respuestas a los nuevos desafíos contemporáneos y las mejoras requeridas del siglo XXI, *son tan exigentes desde el punto de vista tecnológico que o bien no existen aún soluciones comercialmente estables en el mercado, o bien las soluciones existentes presentan deficiencias que exigen más I+D*, señala Tardío Pato⁵¹.

Con este procedimiento pretende solventarse, además, la problemática presente en los procedimientos de compra pública precomercial en la medida en que estos contratos tenían por limitación más importante que la compra de los resultados de las investigaciones realizadas no podían adquirirse en el mismo proceso, sino que era necesario un proceso posterior sometido a la normativa de contratos del sector público para su compra, habitualmente a través de procedimientos negociados⁵².

La primera referencia a la asociación para la innovación la encontramos en el Considerando 49 de la citada Directiva y su regulación específica se encuentra en su art. 31. En dicho considerando se sientan algunas premisas y criterios que explican y justifican la creación de este procedimiento específico y con sustantividad

⁵¹ TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, *Revista española de Derecho Administrativo*, 181 (2016). [Rescatado de Westlaw]

⁵² VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, (Coords. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., & BOCOS REDONDO, P. Wolters Kluwer, Madrid (España), 2018, p. 895.

propia, si bien es cierto, próximo al procedimiento de licitación con negociación.

Para el caso de que las soluciones disponibles del mercado no sean capaces de satisfacer necesidades relativas al desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición posterior de dichos suministros, obras y servicios, es necesario que se provea a los poderes adjudicadores de un procedimiento de contratación específico que permita *a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes*, sin ser necesario acudir a un procedimiento de contratación independiente para su adquisición.

Este nuevo procedimiento se ha articulado de tal manera que el poder adjudicador podrá dirigir un proceso de contratación enfocado a satisfacer una necesidad concreta que revertirá en una mayor eficiencia y sostenibilidad. Asimismo, también logra solventarse un problema importante que padecían los poderes adjudicadores cuando requerían soluciones innovadoras: la rigidez del sistema normativo a la hora de seleccionar adjudicatario del contrato⁵³.

La asociación para la innovación ha de estructurarse de tal manera que con posterioridad genere un tirón comercial que incentive y promueva el desarrollo de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado. Es por este

⁵³ VV.AA. "Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", Wolters Kluwer, (España), 2016, p. 65.



motivo por el cual los poderes adjudicadores no deben de utilizarlas de forma que se obstaculice, falsee o restrinja la competencia. La integridad de la competencia deberá salvaguardarse tanto entre los propios participantes en el procedimiento de contratación como de cara al mercado. Por ello para iniciar un procedimiento de asociación para la innovación deberá acreditarse que las necesidades de la Administración no pueden satisfacerse con los bienes, obras o servicios que se encuentran disponibles en el mercado.

Parece poder afirmarse, a la luz de lo expuesto y de lo manifestado en la Guía 2.0 para la Compra Pública de Innovación, que es la respuesta flexible y sintética a la contratación de productos y servicios tecnológicos a escala comunitaria.

Desde la perspectiva comunitaria, una aproximación a su **objeto y finalidad** nos lleva al art. 31.2 de la Directiva. En dicho artículo se indica que dicho procedimiento de adjudicación tendrá como finalidad el desarrollo de productos, servicios y obras innovadores, así como la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes siempre que respondan a los niveles de rendimiento y costes máximos acordados entre poder adjudicador y participantes.

Una particularidad que se encuentra declarada en el Considerando 49 y que se desprende del art. 31 de la Directiva es que no es necesario acudir a un procedimiento de contratación independiente al procedimiento de asociación para la innovación para adquirir los productos, servicios y obras innovadores. Esto nos permite determinar la amplitud del contrato, que abarca desde la investigación y desarrollo como la adquisición del resultado de esas actividades.

Esta característica de la asociación para la innovación puede plantear algunas dudas respecto a su **naturaleza jurídica**. Si por un lado la Directiva parece indicar que es un procedimiento específico con una sumisión parcial a la normativa del procedimiento con negociación, Tardío Pato señala que en la medida en que por su configuración incluye prestaciones relacionadas con varios tipos de contratos que rebasan las propias de cada uno de ellos en particular, o bien nos encontramos ante un contrato mixto o bien una modalidad contractual nueva con peculiaridades propias. Ante las afirmaciones anteriores concluye que no estamos sólo ante un nuevo procedimiento de adjudicación, sino también ante un nuevo contrato⁵⁴.

Y es que no son pocas las visiones sobre su naturaleza jurídica. Señala la Exposición de Motivos de la Directiva 2014/24/UE que los poderes adjudicadores deben tener acceso a un procedimiento específico de contratación sin tener que recurrir a un procedimiento independiente para su adquisición, basándose en la normativa aplicable a la licitación con negociación.

Para Gimeno Feliú tiene ciertas semejanzas con el procedimiento negociado, su función permite afirmar que tiene autonomía y significado propio⁵⁵. Gallego Córcoles, por otra parte, indica que se diferencia del procedimiento negociado en cuanto a su estructura, información que han de contener los pliegos, criterios de

⁵⁴ TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, óp. cit.

⁵⁵ GIMENO FELIÚ, J.M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi Thomson Reuters, España (2014), p.48



reducción de candidatos y los criterios de adjudicación⁵⁶. Finalmente, Bernal Blay defiende que por sus similitudes con el procedimiento negociado, este procedimiento sólo puede calificarse como un procedimiento de adjudicación de verdad con dificultad y que de ninguna manera supone un cambio de esencia del procedimiento de licitación con negociación⁵⁷.

Otra cuestión relevante tiene que ver con su **duración**. No es un procedimiento de adjudicación a corto plazo ni mucho menos. Más bien al contrario, se articula en dos fases muy diferenciadas, una primera de investigación y desarrollo y una segunda de carácter comercial, de compra del resultado obtenido en el caso de que se cumplan los estándares previstos. La Guía 2.0 para la compra pública de innovación deduce de lo anterior que es un procedimiento tendencialmente de larga duración y de ciclo completo que se inicia con la búsqueda de una tecnología para la producción de nuevos bienes o servicios y finaliza cuando estén operativos y a satisfacción del órgano de contratación.

En el art. 31 de la Directiva se regula la asociación para la innovación, que no es otra cosa que un procedimiento

⁵⁶ GALLEGO CÓRCOLES, M. I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública" en "Observatorio de los contratos públicos 2013", coord. Gimeno Feliú J. M. & Bernal Blay, M. A., pp. 213 y ss. en Tardío Pato.

⁵⁷ BERNAL BLAY, M. A. "The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation" *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, v 9, 1 (2014), p. 10. en TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, *Revista española de Derecho Administrativo*, 181 (2016). [Rescatado de Westlaw]

con una sustantividad propia pero basado en el negociado con publicidad. Pueden diferenciarse varias fases que parten de la preparación del contrato y abarcan hasta su ejecución y la compra de las obras, servicios o productos innovadores.

La primera de ellas, *ad intra*, consiste en la elaboración de los pliegos de contratación y la tramitación de los actos de preparación. El art. 31.1 de la Directiva indica la existencia de un deber de motivación de carácter cualificado, puesto que se establece la obligación del poder adjudicador de determinar la necesidad del producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha por los productos, servicios u obras en el mercado. También deberá facilitar información precisa para que se pueda identificar la naturaleza y el ámbito de la solución necesitada y decidir si participan del procedimiento. En esta fase es recomendable la realización de las consultas preliminares al mercado.

En dichos pliegos también deberá definir el poder adjudicador las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad industrial e intelectual y, para el caso de que haya varios socios en la asociación para la innovación, se prohíbe al poder adjudicador no revelar a otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales sin acuerdo previo (art. 31.6).

La segunda de ellas es la fase de selección de operadores económicos. Tras la publicación de una convocatoria de licitación, cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación proporcionando la información cualitativa solicitada por el poder adjudicador (art. 31.1). Tendrán un plazo de 30 días a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación.



Al seleccionar los candidatos, los poderes adjudicadores deberán aplicar criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras (art. 31.6)

Una vez presentadas todas las solicitudes, será el poder adjudicador quién seleccionará quienes podrán participar en el proceso por medio de invitación tras la valoración de las solicitudes de participación. Éstos, de estar interesados, deberán confirmar su interés. Una vez lo hayan confirmado pasarán a ser candidatos.

En el caso de que la invitación se haga a más de uno de los operadores y acepten, se constituirá la asociación para la innovación con varios socios y de entre ellos, se decidirá el adjudicatario una vez finalizadas todas las fases. Dicha decisión deberá adoptarse, huelga decirlo, conforme a Derecho y siempre dentro de los postulados de la buena administración.

La tercera, es la fase de negociación, en la que podrán participar únicamente los operadores económicos que han sido invitados. En esta fase se irán sucediendo ofertas iniciales y sucesivas, excepto la oferta definitiva con el fin de mejorar su contenido (art. 31.3).

Para entender que se considera en la asociación para la innovación una oferta, es necesario acudir al art. 31.6, en virtud del cual se indica que son *proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas por el poder adjudicador*.

Si durante la negociación se produjeran cambios en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación, además de comunicarlo a los licitadores, deberá darles el poder adjudicador tiempo suficiente

para que puedan realizar variaciones en las ofertas y volver a presentarlas con modificaciones (art. 31.4). Aunque puedan intercambiarse ofertas en el proceso negociador, no se negociarán ni los criterios de adjudicación ni los requisitos mínimos (art. 31.3).

La cuarta es la fase de adjudicación. En esta fase se presentan los proyectos definitivos y se producirá la adjudicación atendiendo a los criterios previstos en los pliegos siguiendo el sistema basado en la mejor calidad-precio (art. 31.3).

Esta adjudicación puede ser de uno o varios contratos en función de lo establecido en el art. 31.1, en virtud del cual el poder adjudicador podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación. La misma línea interpretativa se ha establecido en la Ficha Técnica de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía de Francia sobre el procedimiento de asociación para la innovación⁵⁸. Una vez formalizado el acuerdo dónde se fija la asociación para la innovación, se pasará a la siguiente fase.

La fase que continúa el procedimiento en el fondo es una fase de ejecución del contrato. Consiste en la fabricación del producto, prestación del servicio o realización de las obras de carácter innovador. Ésta se encuentra como ya se mencionó, integrada dentro del mismo procedimiento.

Deberá estructurarse en fases sucesivas siguiendo las etapas de un proceso de investigación e innovación. Para su adecuado desarrollo el poder adjudicador deberá

⁵⁸ TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, óp. cit.



determinar una serie de objetivos de carácter intermedio que deberán alcanzar los socios y realizará los pagos de la retribución en plazos adecuados (art. 31.2).

Es destacable cómo partiendo de esos objetivos determinados con carácter previo, el poder adjudicador podrá decidir rescindir la asociación para la innovación o reducir el número de socios mediante la rescisión de contratos individuales a condición de que esta facultad esté prevista en sus pliegos detallando las condiciones en las que puede adoptarse (art. 31.2)

En esta fase de ejecución se realiza el seguimiento al proceso innovador y, sobre todo, se formula la decisión de adquirir (o no) el resultado del proceso investigador, esto es, productos, servicios u obras dotados de innovación científica o técnica, con base en la evaluación de los criterios de rendimiento y de costes máximos.

La Directiva 2014/24/UE preveía un plazo de transposición que finalizó el día 18 de abril de 2016. Se hace referencia al plazo de transposición debido a que la Ley 9/2017, de 8 de octubre llegó tarde. Es dentro de este marco donde cabe preguntarse si en este procedimiento fue de aplicación la Directiva durante el tiempo en el que no fue traspuesta en el Derecho Español. Pues bien, en virtud del efecto directo de las directivas comunitarias fue aplicable en España hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2017, por la que se transponen las directivas de contratación pública.

El art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea determina que la Directiva, disposición de Derecho derivado, *obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades la elección de la forma y de los medios.* Parece

desprenderse de su tenor literal que para que una Directiva tenga efectos en un Estado miembro es necesario un acto efectivo de transposición, de incorporación en el Ordenamiento jurídico del Estado miembro. Ahora bien, la jurisprudencia comunitaria ha matizado este precepto con objeto de evitar la no trasposición de las Directivas y por tanto se desvirtúe su sentido en virtud de la actitud de los Estados miembros que por su inactividad rompan con la necesaria armonía y eficacia del Ordenamiento jurídico comunitario. La jurisprudencia comunitaria⁵⁹ en este sentido ha consagrado el denominado efecto directo de las Directivas Comunitarias y las ha subordinado a una serie de circunstancias, que se ha constituido como un principio básico del Derecho comunitario.

En relación con la aplicación del efecto directo, nos remitimos a la famosa sentencia del año de 1963, de la que parte numerosa jurisprudencia comunitaria contemporánea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Van Gend en Loss*, de 5 de febrero de 1963 en la que se determinó que *el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros (...) está destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico (...) que nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de las obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida*. Dicho efecto directo se encuentra mediatizado al cumplimiento de varios requisitos señalados por la jurisprudencia comunitaria: (i) la conclusión de su plazo de transposición, (ii) claridad y precisión de la disposición normativa y (iii) que la obligación no esté sujeta a

⁵⁹ Vid. MILLÁN MORO, L. "Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia" *Revista de Instituciones Europeas* (1), 1984.



ninguna excepción ni condición. Sobre el efecto Directo de la Asociación para la Innovación se ha pronunciado el Documento de estudio presentado y aprobado el 1 de marzo de 2016 sobre los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública⁶⁰ ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público, que indica que *cumple los requisitos para tener efecto directo, por lo que podrá ser utilizado por los poderes adjudicadores.*

Este procedimiento de asociación para la innovación, que ha sido incluido en la normativa española de contratación pública a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, es la gran manifestación de la compra pública de innovación y la plasmación de la búsqueda de la Unión Europea y de los Estados miembros del fomento del I+D+i. En el momento de poner en marcha este sistema de contratación, el poder adjudicador deberá tener en cuenta los postulados de la buena administración en sentido amplio en todas las fases del procedimiento, desde la fase precontractual (consultas preliminares al mercado o elaboración de pliegos) hasta la compra de los productos resultado de los procesos de investigación y desarrollo. Estos principios de buena administración incluyen, como se ha expuesto, no sólo la configuración prevista en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino la adecuada observancia de los principios jurídicos de la contratación pública y

⁶⁰ OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin la nueva ley de contratos del sector público”, marzo de 2016, consultado en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos Documento final ESTUDIO aplicacion directa de las Directivas b43ec509%232E%23pdf/chk_a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3 [Fecha última consulta: 20 de mayo de 2018].

consideraciones éticas que parten de que la Administración pública está al servicio de los ciudadanos y se encamina a la satisfacción del interés general. Ya se hizo referencia en el estudio anterior “La asociación para la innovación desde la óptica de la buena administración (I): buena administración y compra pública de innovación” a la importancia de estos principios y de la buena administración en sentido amplio para una contratación pública orientada al servicio objetivo del interés común, de todos.

En el siguiente epígrafe se estudiará el procedimiento de asociación para la innovación tal y como lo ha configurado la Ley 9/2017, de 8 de noviembre y se relacionará tanto con la regulación comunitaria como principalmente, con los postulados de la buena administración. Como es lógico su planteamiento en la medida en que es resultado de un acto de transposición, está íntimamente relacionado con la configuración europea del mismo.

La adecuada observancia de los preceptos de la buena administración en este procedimiento de adjudicación permitirá no sólo el cumplimiento de los fines previstos por las políticas públicas en materia de contratación pública de innovación, sino también la satisfacción del interés general y la correcta ejecución de estas políticas desde el punto de vista de la posición central de la persona en el ordenamiento jurídico y el merecido respeto a todos los interesados en una buena administración de la contratación pública: desde los operadores económicos hasta los ciudadanos que recibirán los beneficios de las obras, productos o servicios innovadores resultado de la asociación para la innovación.



A continuación, se hará referencia a la visión que tuvo el legislador comunitario y a la configuración que estableció para la asociación para la innovación. Con posterioridad se estudiará al detalle la regulación jurídica de este procedimiento en la legislación española siempre, como ya se ha afirmado, desde la óptica de la buena administración.

III. LA VISIÓN DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

1. Consideraciones previas.

La asociación para la innovación, ya reconocida en la Directiva 24/2014/UE, se ha dicho, se encuentra prevista y regulada expresamente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que tras superar su periodo de *vacatio legis*, ya está vigente desde el 9 de marzo de 2018.

Este procedimiento se encuentra regulado en los arts. 177 y ss. de dicho cuerpo normativo y no deja de ser un procedimiento nuevo, *ad hoc*, autónomo o específico que, aunque en algunas ocasiones recuerda a las reglas del procedimiento de licitación con negociación o diálogo competitivo, tiene una funcionalidad propia⁶¹. Ya se ha hecho referencia a que, por su configuración, cabe formularse preguntas en relación con su naturaleza

⁶¹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación (1)", *Contratación Administrativa Práctica*, 153 (Enero-Febrero de 2018), p. 48.

jurídica⁶²: algunos han planteado que o bien nos encontramos ante un contrato mixto, una modalidad contractual con peculiaridades e incluso no sólo ante un nuevo procedimiento de adjudicación, sino un nuevo contrato⁶³. Señala Hernando Rydings, por ejemplo, negando que sea un auténtico procedimiento de adjudicación, defiende que durante su tramitación además de adjudicarse los contratos se ejecutan, y que por ello no se agota con la mera adjudicación, por lo que hubiera sido más conveniente calificarlo como contrato.⁶⁴ En cualquier caso, no parece que este nuevo procedimiento pueda entenderse como un procedimiento ordinario, como pueden ser el abierto, restringido o negociado con publicidad y tampoco como uno extraordinario como el negociado sin publicidad. En cualquier caso, podría considerarse como un procedimiento especial, cualificado por algunos trámites que tienen lugar durante la ejecución del contrato más que en la negociación de éste⁶⁵. Como puede

⁶² Las referencias doctrinales que se señalan ahora sobre su naturaleza jurídica derivan de los análisis a la nueva Ley 8/2017, de 9 de noviembre.

⁶³ TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, *óp. cit.*

⁶⁴ HERNANDO RYDINGS, M. "La nueva regulación de los procedimientos de adjudicación", en AA.VV, *La nueva ley de contratos del sector público, curso de actualización: especial referencia a la contratación de las entidades locales* (coord. DÍEZ SASTRE, S.), Iuris Utilitas, A Coruña (España), 2018, p. 151.

⁶⁵ VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, *óp. cit.*



comprobarse, el debate sobre su naturaleza jurídica sigue abierto.

Más allá de las posibles dudas teóricas o doctrinales sobre la naturaleza jurídica, es necesario entrar en detalle en el sentido y significado de dicho procedimiento en su regulación española y, sobre todo, cómo opera este bajo los postulados de la buena administración en su sentido amplio.

Ya señala el Preámbulo de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que la introducción de este procedimiento de asociación para la innovación pretende favorecer a las empresas más innovadoras. Este procedimiento se encuentra especialmente configurado para los casos en los que sea necesario efectuar actividades de investigación y desarrollo para la adquisición posterior de los resultados por parte de la Administración. Este procedimiento se encuentra ideado, como ya hemos podido comprobar, para aquellos supuestos *en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación*.

Este procedimiento puede dividirse en cuatro momentos diferenciados: la convocatoria y selección de los candidatos, la negociación con los licitadores, la creación de la asociación y la adquisición del producto resultante. A este procedimiento le añadiremos, *motu proprio* una fase más: la fase preparatoria del contrato que por su importancia consideramos importante analizar. En todas sus fases, y por supuesto, también en la preparatoria deberá observarse estricto respecto a los postulados de la buena administración.

También puede entenderse este procedimiento en dos estadios: un estadio de investigación y desarrollo y otro de ejecución de obras, servicios o suministros. Esta

distinción es importante a efectos de dilucidar el régimen normativo de cada una de las fases. En el primero, se regirá el contrato por las normas establecidas reglamentariamente, las previstas en los pliegos del contrato y las normas del contrato de servicios de forma supletoria. En el segundo, se regirá por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate (art. 117.3).

Su dinámica de funcionamiento, en la que ahora entraremos en detalle, puede resumirse de la siguiente manera: tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede presentar una solicitud de participación. Una vez presentadas el órgano de contratación seleccionará quienes pueden formular ofertas. Una vez seleccionados pasarán a ser licitadores quienes que presenten una confirmación de participación en un proceso de negociación, que podrá desarrollarse en varias fases y que finaliza con la asociación para la innovación. Una vez realizada dicha asociación para la innovación se estructurará también en fases sucesivas y tendrá lugar entre el órgano de contratación y los socios, en esta fase cada uno de los socios investigará de forma paralela para alcanzar la solución innovadora. Si se cumplen las expectativas de calidad previstas, finalizará con la adquisición de las obras, servicios o suministros que hayan resultado del proceso de investigación y desarrollo.

En todas sus fases deberán tenerse en cuenta los principios fundamentales en materia de buena administración y sus corolarios y como no podría ser de otra manera, los principios generales de la contratación pública. Dichos principios se encuentran (o deberían encontrarse en el acto de aplicación normativa) presentes en todas y cada una de las fases del procedimiento de contratación. Será desde esta



perspectiva, desde la buena administración en sentido amplio, desde dónde se abordará la asociación para la innovación en todas sus etapas. Y esto sería así puesto que no es suficiente abordar dicho procedimiento sólo desde su operativa práctica, sino de cómo puede emplearse en pleno servicio objetivo del interés general, del interés de todos.

Se estudiará desde una mirada amplia del Derecho a la buena administración. Dentro del respeto pleno al Ordenamiento jurídico se tendrán en cuenta los postulados y corolarios que derivan del derecho a una buena administración previsto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente señalados por Rodríguez-Arana⁶⁶ y los principios generales de la contratación pública europea, consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en las Directivas en materia de contratación pública, de incuestionable influencia en el Derecho español de contratos.

Entre los principios que parten del derecho fundamental a una buena administración pública, ya expuestos por Rodríguez-Arana, sólo se relacionarán aquellos que guardan una especial relación con la contratación pública y en concreto, con este procedimiento de adjudicación. El hecho de no mencionar un principio específico no lo excluye de su aplicación ni le resta importancia. Se hará especial hincapié en los siguientes, que habrán de estar presentes en todas las fases del procedimiento de contratación: principio de servicio objetivo al interés general, racionalidad, igualdad de trato, eficacia,

⁶⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6 (2013), p. 49 y ss.

publicidad, seguridad jurídica, proporcionalidad, ejercicio normativo del poder, imparcialidad e independencia, relevancia, coherencia, buena fe, confianza legítima, celeridad, transparencia, ética y cooperación.

A su vez, también se hará referencia a los principios generales de la contratación pública, que no dejan de ser el fundamento de la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan a todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias⁶⁷. Entre esos principios, se atenderán especialmente los comunitarios y también los previstos en la normativa española sobre contratos. Entendemos por principios comunitarios los previstos en el TFUE y en la Directiva 2014/24/UE así como en la jurisprudencia europea. Además, no hay que perder de vista que los principios españoles de la contratación pública no dejan de proceder de dicho acervo comunitario. Estos principios, son, sin perjuicio de otros, como la libre circulación o libre prestación de servicios: la igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, transparencia, libre concurrencia, objetividad, imparcialidad, reconocimiento mutuo, motivación de las decisiones, eficacia administrativa, y confidencialidad encontrando éstos un amplio e indudable respaldo en la jurisprudencia comunitaria sobre contratos públicos.

⁶⁷ MORENO MOLINA, J. A., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina" *Revista Derecho & Sociedad*, 44 (2015), p. 56



2. Fase preparatoria del contrato e inicio del procedimiento: consultas preliminares al mercado y redacción de pliegos desde la buena administración.

Antes del inicio del expediente preparatorio de la licitación, cabe la posibilidad de efectuar las ya referidas consultas preliminares al mercado (art. 115 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre [en adelante, Ley 9/2017]). Esta consulta permite al órgano de contratación obtener asesoramiento para la planificación del procedimiento de licitación en cuestiones tan importantes como la disponibilidad o no de productos que satisfagan las necesidades en el mercado, la determinación del objeto del contrato o de las características técnicas. Es especialmente importante acudir a esta fase sobre todo en cuestiones, como ya se ha advertido, de fuerte carga innovadora y que requieran una elevada especialización de carácter técnico. Esta información servirá no sólo para determinar adecuadamente la operativa de contratación, sino también para cumplir con solvencia las obligaciones de motivación que se exigirán al inicio del expediente preparatorio de la convocatoria de licitación (art. 28, art. 116, art. 177). El informe que detalle el resultado de la consulta formará parte del expediente de contratación (art. 115.3) y estará motivado.

Efectuar una consulta preliminar para conocer las circunstancias reales del mercado entra en relación con el principio de eficacia. A través de este principio las autoridades han de buscar la actuación administrativa logre su adecuada finalidad. Asimismo, también con el principio de racionalidad (y consecuente deber de motivación) y el de transparencia, en la medida en que por un lado deberá perfilar la información de la manera más óptima posible, lo que le permitirá cumplir con los deberes de motivación exigidos en la tramitación del

expediente preparatorio. Deberá tener presente también el principio de cooperación, para el caso de que fuera necesario solicitar colaboración a nivel técnico por otra Administración Pública en pleno respeto de sus competencias. También el adecuado conocimiento del mercado permite tomar decisiones de acuerdo con los principios de economía y de eficiencia en la asignación de recursos públicos.

La celebración de los contratos con las Administraciones Públicas requiere la tramitación del expediente preparatorio de la convocatoria de la licitación (art. 116.1) que deberá estar motivado en los términos del art. 28 sobre la necesidad del contrato, y en especial, para el procedimiento de asociación para la innovación, en los términos previstos en el art. 177.1. Deberá motivarse la necesidad de un producto, obra o servicios innovadores que no pueda satisfacerse en el mercado, la elección del procedimiento, así como los requisitos mínimos que han de cumplir los licitadores.

La primera impone que deba acreditarse cuáles son las necesidades que el órgano de contratación busca satisfacer y que no encuentra disponibles en el mercado. Siguiendo la previsión legal, habrá de justificar la necesidad de la obra, productos o servicios finales como la ausencia de respuestas innovadoras accesibles en el mercado. Es por ello por lo que se considera recomendable la realización de estas consultas.

Resulta especialmente importante explicar cuáles son las necesidades que pretende cubrir sólo sea ya por la propia naturaleza del procedimiento. Es necesario describir con claridad y precisión cuales son los requisitos o funcionalidades que son necesarios para solventar las necesidades del órgano de contratación que son las que han de tratar de cubrir los licitadores en sus propuestas.



Estos requisitos figurarán en los denominados pliegos de condiciones funcionales (que son los propios para este procedimiento y no los pliegos de prescripciones técnicas).

La segunda implica el deber de justificar el motivo de la elección de este procedimiento y no de otro previsto en la normativa española sobre contratos. Pues bien, se trata de acreditar que este es el procedimiento adecuado al necesitar de una fase de investigación y desarrollo de un producto no disponible en el mercado. Deberá motivarse adecuadamente la inexistencia de bienes, servicios o productos en el mercado aptos para satisfacer las necesidades de la Administración.

La tercera se refiere a determinar los requisitos mínimos que han de cumplir los licitadores. Para ello debemos de poner en relación dicho art. 177.1 con el art. 116.4, al referirse a los criterios previstos para los contratos públicos en general. En consecuencia, habrá que justificar los criterios de solvencia técnica o profesional, económica y financiera, los criterios de adjudicación, así como sus condiciones especiales de ejecución. Deberán darse prioridad, por la propia naturaleza de este procedimiento a los criterios de selección relacionados con la capacidad que acrediten los candidatos en el ámbito de la investigación, del desarrollo y en la aplicación de soluciones innovadoras (art. 178.3).

También deberá justificarse adecuadamente en el expediente de contratación, entre otras, el valor estimado del contrato con la indicación de todos los conceptos que lo integran y la relación entre las necesidades que se pretenden satisfacer y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

El fijado de todas estas condiciones y que posteriormente tendrá reflejo en los pliegos de condiciones administrativas y funcionales, deberán elaborarse de conformidad con el principio de servicio objetivo a los ciudadanos, al interés general. Y esto no responde a otra cosa que no sea la adecuada determinación de las condiciones que permitirán seleccionar a los mejores candidatos, de acuerdo con la finalidad de la búsqueda de los contratistas más adecuados para realizar los trabajos. Dichos pliegos deberán prepararse prestando la debida atención a la normativa comunitaria y nacional de contratos, esto es, con el necesario respeto al principio de legalidad.

La clave del procedimiento de licitación se encuentra en los pliegos de contratación y a estos efectos, los pliegos de condiciones administrativas particulares. Estos pliegos de contratación son, tal y como ha señalado la jurisprudencia, Ley del Contrato⁶⁸ y por ello una vez adquieren firmeza se dotan de la cualidad de *lex contractus*. Dicha cualidad trae una serie de consecuencias, como su inalterabilidad en fase de adjudicación, la no procedencia de nuevos criterios de adjudicación no contenidos en los pliegos, etc.⁶⁹. Por ello es fundamental su adecuada configuración. Éstos

⁶⁸ Así lo han señalado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3º, Sección 4º), de 27 de mayo de 2009. RJ 2009/4517 o la STS (Sala 3º, Sección 7º), de 17 de octubre de 2000. RJ 2000/8917, entre otras muchas. También encontramos dicha afirmación en las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, como en la RTACRC 219/2016, de 1 de abril.

⁶⁹ GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Contratación Pública*, Aranzadi, Navarra (España), 2012, p. 212-213.



estarán disponibles para los potenciales licitadores en el anuncio de licitación.

No hay que perder de vista la dificultad existente a la hora de elaborar el pliego de condiciones administrativas particulares, ajeno además al devenir de lo que suceda en las fases de investigación y de desarrollo. Es complejo, en consecuencia, prever con precisión todos los contenidos indicados en la Ley 9/2017⁷⁰. Es por ello por lo que nos podemos encontrar ante el problema de que muchas de las previsiones sean genéricas y precisarán de desarrollo posterior al hilo de la suscripción de los contratos individuales de asociación o sus modificaciones cuando puedan fijarse con exactitud algunas condiciones⁷¹. Por ello es fundamental, se dirá, perseguir constantemente el principio de servicio objetivo al interés general y, sobre todo, actuar con exacta vinculación a lo previsto en los pliegos con buena fe. Dicha indeterminación no deberá emplearse como un mecanismo de fomento de la arbitrariedad, sino más bien como una realidad inevitable que ha de gestionarse conforme a los principios de buena administración.

Estos pliegos deberán contar con una información mínima prevista en el art. 177.1: a) determinar las necesidades que no pueden ser satisfechas, b) señalar los elementos de la descripción que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir los licitadores y c) definir las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial.

⁷⁰ VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, óp. cit.

⁷¹ *Ibíd.*

Sin perjuicio de lo anterior, deberán precisar mucha más información relevante que permitirá regular el procedimiento y sus detalles tales como la estructura que se quiere establecer, la duración, el número máximo de participantes, el número de etapas que tendrá la fase de investigación y su carácter selectivo, los objetivos que han de alcanzarse en cada una de las fases y los criterios de cada una de ellas que permitirán acreditar su cumplimiento, la posibilidad de concluir la asociación en el caso de que no se alcancen los objetivos previstos para alguno de los participantes, las retribuciones y compensaciones. También deberán concretarse los términos con arreglo a los cuales se compararán los resultados de este procedimiento, los criterios de negociación basados en la mejor calidad-precio para el caso de que hubiera varios empresarios⁷². Otro elemento que deberá determinarse será el valor estimado del contrato, que no será desproporcionado respecto a la inversión necesaria para el desarrollo de la asociación. Para fijarlo deberá tenerse en cuenta el valor máximo estimado, IVA excluido, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán en todas las etapas, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación prevista⁷³.

Será imprescindible también tener en cuenta en los pliegos un reparto adecuado de derechos y obligaciones entre las partes, más aún debido a la indeterminación

⁷² VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... óp. cit., p. 10.

⁷³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... óp. cit., p. 10.



normativa de la fase de investigación y desarrollo. Este problema no nos lo encontramos tanto en la parte de ejecución del contrato en la medida en que en ésta será de aplicación las normas relativas a la tipología contractual relativa al contrato.

La Administración deberá atender en la fase preparatoria del contrato, a los principios de eficacia, racionalidad y motivación de los actos administrativos. También deberá tener en cuenta el principio de cooperación si se diera el caso de que fuera necesaria la colaboración de otras administraciones sobre todo para las cuestiones de carácter técnico. En la redacción y preparación de los pliegos, que serán la ley que rija el contrato, será necesario prestar una debida atención, preparando el clausulado de los pliegos de conformidad con la búsqueda del servicio objetivo al interés general. Nunca deberá perder de vista su preparación desde las previsiones de la buena fe y en seguimiento de los principios de la buena administración y de la contratación pública, buscando en todo caso, la mejor ejecución de la política de contratación que se hubiera determinado.

Una vez completado el expediente de contratación, deberá dictarse una resolución motivada en virtud de la cual el órgano de contratación lo apruebe y disponga la apertura del procedimiento de adjudicación (art. 117). Una vez efectuado este paso podrá realizarse y publicarse la convocatoria de licitación en virtud de la cual se fijan los extremos básicos del procedimiento y a la que haremos referencia en el epígrafe siguiente.

3. Convocatoria de anuncio de licitación y solicitudes de participación.

Habiéndose dado apertura al expediente de contratación, el procedimiento comenzará con la

publicación de una convocatoria de licitación a la que los empresarios podrán presentar solicitudes de participación.

En el anuncio de licitación deberá constar información suficiente para permitir a los operadores económicos responder de manera adecuada a través de la solicitud de participación. Es necesario que la información sea clara y precisa de tal manera que los operadores económicos que pudieran estar interesados en presentar las solicitudes puedan identificar la solución que se requiere y decidir en consonancia con ello si participar o no.

Deber inexcusable a la convocatoria del anuncio de licitación será respetar el principio de publicidad y de transparencia en la actuación de la Administración. La observancia de este principio de publicidad entra en relación también con los principios de igualdad de trato y libre concurrencia, dado que la puesta a disposición de la información en los lugares previstos legalmente permite que todos los potenciales licitadores puedan presentar en las mismas condiciones las solicitudes de participación, siendo accesible para todos ellos. No cabe, como no podría ser de otra manera, facilitar información privilegiada a potenciales licitadores.

Dicha información ha de ser clara, precisa y transparente, de tal forma que se genere un grado de certeza que permita al posible participante emitir una solicitud de participación con conocimiento suficiente para evaluar si concurre o no y en qué términos. La información facilitada deberá ser congruente con el expediente preparatorio. En consecuencia, entran en juego también los principios de coherencia y transparencia.



Tras la convocatoria del anuncio, cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación en su respuesta en el plazo mínimo de treinta días a partir del envío del anuncio de licitación si el contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada. En otro caso, el plazo no podrá ser inferior a veinte días contados desde su publicación en el perfil del contratante (art. 178.2). Deberá atenderse a lo previsto en el art. 135 con relación al lugar de publicación del anuncio.

Está solicitud deberá acompañarse de la información solicitada por el poder adjudicador relativa a los criterios objetivos de solvencia solicitados (art. 178.1) así como la declaración responsable prevista en el art. 140.a manifestando que se cumple con los requisitos objetivos establecidos de acuerdo con el art. 162 en las condiciones previstas en los pliegos.

4. Selección de los candidatos que pasarán a formar parte del procedimiento de negociación.

Una vez finalizado el plazo para presentar las solicitudes de participación, el órgano de contratación deberá realizar una serie de comprobaciones encaminadas a comprobar la aptitud para contratar de los solicitantes y deberá valorar qué candidatos podrán formar parte del procedimiento de negociación.

Para efectuar la selección de candidatos, deberán aplicar criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en a) la investigación y el desarrollo y b) en la aplicación de soluciones innovadoras (art. 178.3).

En la selección de los candidatos que pasarán a formar parte del proceso negociador, el órgano de contratación

deberá tener en cuenta una serie de principios también de buena administración.

Para evaluar las informaciones entregadas por los solicitantes, el órgano de contratación deberá guiarse siempre por el servicio objetivo al interés general. Deberá valorar las informaciones presentadas con imparcialidad y objetividad conforme lo previsto en los pliegos del contrato. Deberá tratar a todos de manera equitativa y, sobre todo, tomar las decisiones conforme al principio de racionalidad, así como cumplir con el deber de motivación. Además, deberá actuar conforme el principio de independencia.

Dada la complejidad técnica y el marcado carácter innovador, de la misma manera que en la fase inicial se defendía la conveniencia de acudir a la consulta preliminar al mercado, el art. 327 señala que se constituirá una Mesa especial en el seno de este procedimiento con la idea de asistir al órgano de contratación. Ambas cuestiones están ligadas a la necesidad de conocimientos técnicos y específicos para gestionar un proceso de contratación pública de estas características. Al estar hablando de compra pública de innovación, y de la adquisición de algo que todavía no existe, con especificidades de seguro complejas y que no tiene por qué conocer el órgano de contratación, resulta conveniente aportarle una serie de conocimientos técnicos en relación al bien, servicio u obra innovadora así como de su proceso de creación y desarrollo. Todo ello redundará en definitiva en un mejor desarrollo del procedimiento de contratación.

Esta mesa estará compuesta por los miembros previstos en el art. 326.3 y personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse la asociación para la innovación. El número de miembros cualificados será



igual o superior a un tercio de los componentes de la mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto (art. 327).

Una vez evaluada la información solicitada, el órgano de contratación notificará a los operadores seleccionados una invitación para que confirmen el interés en participar en el procedimiento. Sólo podrán presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades indicadas en el anuncio y en los pliegos quienes hayan sido invitados por el órgano de contratación. El siguiente paso será, consecuencia, presentar los proyectos de investigación y comenzar las negociaciones.

5. Presentación de proyectos de investigación y desarrollo de las negociaciones.

En esta fase encontramos grandes similitudes con los procedimientos de adjudicación basados en la negociación previstos en la Directiva 24/2014/UE (art. 29) y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (art. 166)⁷⁴. Una vez seleccionados los candidatos, éstos recibirán una invitación a presentar sus proyectos de investigación e innovación que pretendan satisfacer las necesidades

⁷⁴ De tal manera que en el art. 29.2 de la citada Directiva se indica expresamente: *Solo los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada podrán presentar una oferta inicial, que será la base de las negociaciones ulteriores. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento, de conformidad con el artículo 65.*

que ha determinado el órgano de contratación. (art. 178.3 y 179.1)⁷⁵.

La presentación de los proyectos de investigación e innovación no deja de ser el equivalente específico a la presentación de ofertas en el sentido tradicional de la contratación pública. En definitiva, se trata de una oferta inicial que será luego sometida a negociación de conformidad con la organización de esa fase prevista en los pliegos. Estos proyectos pretenden responder ante las necesidades que se ha acreditado que no pueden ser satisfechas en el mercado, y que han de satisfacerse mediante la búsqueda de obras, bienes o servicios de carácter innovador que requieren una fase de investigación y desarrollo.

En cualquier caso, esta es una fase especialmente compleja para los participantes. En ausencia de un objeto que esté perfectamente determinado (el objeto del contrato va a ser innovador) la oferta inicial que se presente será, inevitablemente, difícil de efectuar con precisión. Por tanto, las ofertas iniciales, los proyectos de investigación, no serán otra cosa que las primeras ideas o propuestas de solución de esa necesidad⁷⁶.

Los principios de la buena administración y de la contratación pública también se encuentran presentes

⁷⁵ Además, el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento podrá limitarse atendiendo a lo previsto en el art. 178.3. Dicha limitación deberá encontrarse prevista en los pliegos de condiciones administrativas.

⁷⁶ VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, óp. cit. 2018, p. 903.



en el desarrollo de las negociaciones. Deberá salvaguardarse el principio de igualdad entre los negociadores y de libre concurrencia, de independencia y principio de confidencialidad de los datos comunicados por los candidatos.

Las negociaciones se desarrollarán conforme a los principios de servicio objetivo de interés general y eficacia buscando las soluciones más cercanas al fin previsto. Deberán evitarse dilaciones indebidas e injustificadas que retrasen el proceso negociador, con lo cual deberá actuarse con respeto al principio de celeridad, para lo que el órgano administrativo deberá ir resolviendo las fases que se vayan sucediendo con diligencia, siempre actuando de manera razonable y adoptando decisiones de manera motivada.

Como ya se ha adelantado, es en los pliegos de condiciones administrativas particulares donde se determinará la forma en que se desarrollarán las negociaciones. En esta fase, *los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas, a excepción de la propuesta definitiva (art. 179.3), no siendo, en ningún caso, objeto de negociación los requisitos mínimos o los criterios de adjudicación que ya se han determinado en los pliegos. Podrán ir modificándose las ofertas sucesivas con la idea de mejorar su contenido, hasta alcanzar la oferta definitiva, que ya no podrá modificarse y que será la que será evaluada por el órgano de contratación para resolver la adjudicación. En consonancia también deberá respetar el principio de coherencia, confianza legítima y ejercicio normativo del poder, siendo imprescindible que el órgano de contratación actúe prestando el debido respeto a las normas previstas en los pliegos y en la ley, observándose el debido proceso administrativo.*

Pueden articularse las negociaciones en la asociación para la innovación mediante la sucesión de fases (art. 179.4) con el objetivo de ir reduciendo el número de ofertas con las que haya que negociar. En el desarrollo de estos periodos, se irán excluyendo del proceso proyectos de investigación, mediante la aplicación de los criterios previstos en el pliego de condiciones administrativas particulares y en el anuncio de licitación.

Tanto la Directiva 24/2014/UE (art. 31.4) como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (art. 179.5 y 179.6) establecen previsiones en relación a la igualdad de trato y confidencialidad, que se merecen una especial mención. Durante la negociación, el órgano de contratación deberá velar por la igualdad de trato entre todos los licitadores y no revelan a los demás participantes en la negociación los datos confidenciales comunicados por un candidato o licitador participante sin su acuerdo previo. Importante es la obligación de informar por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la establecida en los requisitos mínimos. Si esos cambios se producen, deberán dar los órganos de contratación, a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas (art. 179.6).

6. Adjudicación de los contratos.

La fase de negociación finaliza con la presentación de los proyectos de investigación e innovación definitivos de los candidatos que han participado en la fase de negociación. Una vez presentadas el órgano de contratación evaluará todos y cada uno de ellos y



procederá a la adjudicación. Un elemento característico de este procedimiento es que puede haber varios adjudicatarios. Si se adjudica a varios empresarios da lugar a la conocida como asociación para la innovación propiamente dicha. De hecho, la Directiva fomenta la adjudicación a varios operadores económicos participantes.

Para adjudicarse el contrato deberá atenderse al criterio único de la mejor calidad-precio, atendiendo a lo previsto en el art. 145.2, en los pliegos de condiciones administrativas particulares (art. 179.2) y tomando en consideración más de un criterio de adjudicación. Por lo tanto, la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios con base en la mejor relación calidad-precio siendo conveniente un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida (art. 145.1). La mejor calidad-precio se evaluará conforme a criterios económicos y cualitativos.

Hay que tener en cuenta que los arts. 145.3.b y 145.3.d obligan a emplear más de un criterio de adjudicación cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación puede ser mejorada por otras soluciones técnicas y en el caso de que en el contrato sea necesario emplear tecnología especialmente avanzada de ejecución compleja.

Valorar la innovación adecuadamente requiere utilizar criterios diferentes al precio. Es incompatible para valorar la innovación atribuir al precio una ponderación excesivamente alta. Deberá considerarse no sólo los costes actuales sino el conjunto de costes del ciclo de vida objeto de contrato (costes de adquisición, mantenimiento y disposición sobre los productos o

servicios, calidad y mérito técnico de la oferta). Se trata de dar más valor en términos relativos a los aspectos técnicos e innovadores más que al precio⁷⁷.

Es especialmente complejo valorar el grado de innovación. Hay que tener en cuenta múltiples factores que trascienden a la mera idea del criterio del precio. En consecuencia, la Administración, el órgano de contratación, ha de ser especialmente exquisito en la observancia de los principios de buena administración y de contratación pública.

Conviene resaltar una especialidad en relación a la adjudicación, y es que pueden ser adjudicatarios del contrato varios operadores económicos, que desarrollarán las actividades de innovación por separado.

Deberá motivar, como es lógico, la resolución de la adjudicación del contrato, poniendo de manifiesto los razonamientos que la han encaminado hacia una decisión. Este deber de motivación y cumplimiento del principio de racionalidad ha de ser especialmente detallado en la medida en que entran en juego numerosos criterios de valoración que dependen de juicios de valor. La observancia del deber de motivación es la principal garantía de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y una muestra del principio de transparencia de la actuación de las administraciones públicas.

También deberá tener siempre presente el órgano de contratación el principio de servicio objetivo al interés

⁷⁷ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... óp. cit., p. 11.



general, imparcialidad y de ética, evitando en todo caso, injerencias externas o desviaciones de poder. Para ello, deberá respetar en la decisión de la adjudicación, el principio de imparcialidad e independencia absteniéndose de tomar una decisión basándose en el trato preferente o en la actuación arbitraria y tomando la resolución más próxima al interés general, adjudicando el contrato siguiendo los criterios señalados en los pliegos.

No hay que olvidar, en este tipo de valoraciones, la presencia de la denominada y conocida como discrecionalidad técnica. Discrecionalidad que ha de ejercerse orientada siempre al interés general y que ha llegado a ser calificada como el caballo de Troya del Derecho administrativo⁷⁸. Es por este motivo por el cual hay que ser especialmente cuidadoso en la observancia del deber de motivación y del principio o derecho a una resolución justa, que ha de estar amparada no sólo por la ley, sino también por el Derecho.

Será en la adjudicación dónde se concreten y fijen los términos definitivos del contrato (art. 148.3). Una vez realizada la adjudicación, el paso siguiente será la asociación para la innovación. A continuación, se analizará su constitución, estructura y, sobre todo, su desarrollo. Una vez analizado lo anterior, la última fase será la adquisición del resultado de la investigación y desarrollo por parte de la Administración.

⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, V. 1, Tecnos, Madrid (España), 1995, P. 21.

7. Formación de la asociación para la innovación y fase de ejecución.

Ya se ha indicado cómo es posible que el proceso de investigación tenga lugar o bien con un socio, o bien con varios, si bien es cierto la Directiva 24/2014/UE promueve su constitución con más de un participante. Ahora conviene analizar cómo se desarrolla la asociación para la innovación, que desembocará en adquisiciones derivadas de dicho proceso investigador si se cumplen los estándares de calidad establecidos.

Pues bien, es el art. 180 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre el que hace referencia a la estructura de la asociación para la innovación y a su desarrollo o ejecución y éste se refiere tanto al sistema de ejecución como a la relación entre los socios.

La fase de investigación y desarrollo no deja de ser un ejercicio de preparación que permite a los compradores públicos filtrar los riesgos de la I+D asociados a posibles soluciones alternativas antes de comprometerse a contratar producciones comerciales a gran escala⁷⁹.

En relación a su desarrollo, ésta se estructurará en varias fases sucesivas que seguirán la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación. El órgano de contratación establecerá una serie de objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y, además, proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados (art. 180.1).

⁷⁹ VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, óp. cit.



Cada miembro de la asociación, cada empresa participante del proceso de investigación desarrollará de manera particular y en paralelo a los demás las actividades de investigación, respetando el órgano de contratación la confidencialidad de dichas propuestas (art. 180.2).

Pueden plantearse dudas sobre si es necesaria la constitución de una asociación entendida como entramado organizativo específico simultánea a la duración del contrato, y cuál debiera ser su forma jurídica. En realidad, se trata de formular la siguiente cuestión: ¿el término asociación previsto en la Directiva y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, implica la creación de una estructura organizativa con forma jurídica propia? Tardío Pato, tras el estudio de la terminología en los textos normativos internacionales (Francia, Alemania, Inglaterra), señala que en los respectivos idiomas de las transposiciones de las directivas se utilizan los términos que se han traducido al español como "colaboración". Podría haberse empleado sin inconvenientes "colaboración para la innovación" en lugar de "asociación para la innovación"⁸⁰, es por ello por lo que este autor afirma que no es necesario crear un entramado organizativo⁸¹. Dicho punto de vista también puede deducirse del art. 180 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en la medida en que se indica que cada empresa participante desarrollará de manera individual y de forma paralela a

⁸⁰ TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, óp. cit.

⁸¹ De la misma opinión es Gimeno Feliu, quien lo ha puesto de manifiesto en GIMENO FELIU, J. M. "El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública... óp. cit., p. 48.

los demás las actividades de investigación, así como de la facultad del órgano de contratación de poder reducir el número de socios a través de la resolución de contratos individuales en el caso de que haya varias empresas participantes.

La configuración de este procedimiento en fases y establecimiento de objetivos permiten al órgano de contratación decidir en cada etapa de la asociación si la resuelve o si hay varios socios. De la misma manera también puede reducir su número a través de la resolución de contratos individuales. Para ello es importante tener en cuenta que dicha posibilidad ha de estar prevista en los pliegos de condiciones administrativas, incluyendo también las condiciones para el ejercicio de dicha facultad. A este respecto hay que diferenciar las contraprestaciones debidas por los trabajos realizados de la posibilidad de obtención de indemnización tras la resolución del contrato. En relación con ésta última, la resolución de la asociación o reducción del número de candidatos no dará lugar a indemnización. Sin embargo, si corresponderá contraprestación por los trabajos realizados que deberá encontrarse prevista en los pliegos. Puede comprobarse, por tanto, que las fases de investigación someten a una elevada presión y competencia a los participantes de la asociación. Puede comprobarse aquí de nuevo la relevancia de una adecuada elaboración y configuración de los pliegos.

Es fundamental en esta fase atender tanto a una adecuada configuración del procedimiento como a su buen seguimiento (art. 182). El órgano de contratación no revelará a los otros socios las soluciones que se han propuesto u otros datos confidenciales que comunique un socio sin mediar acuerdo suyo. Dicho procedimiento deberá estar estructurado de una manera coherente con



el proceso de investigación y desarrollo que deba tener lugar para obtener dicha obra, servicio o producto que no se encuentra en el mercado. Es necesaria la coherencia en el procedimiento de investigación entre el proceso innovador necesario con su regulación, ya que el órgano de contratación deberá ceñirse a esa configuración.

Es imprescindible que en su diseño y configuración a través de los pliegos, en particular su duración y el valor de las diferentes fases de investigación, sean reflejo del grado de innovación de la solución propuesta y de la secuencia de actividades necesarias para el desarrollo de la solución innovadora que no puede obtenerse en el mercado. En todo caso, el valor estimado de los suministros no debe ser desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

Dado que los principios de la buena administración han de observarse en todos y cada uno de los pasos del procedimiento de contratación, tanto el seguimiento de este procedimiento como la evaluación del cumplimiento (o no) de los objetivos previstos en cada una de las fases, deberá realizarse bajo su prisma y sobre el de los principios generales de la contratación pública. No hay que olvidar también que en esta fase también se realizarán valoraciones conforme a criterios susceptibles de juicio de valor y la elevada complejidad de determinar los grados de innovación en relación con los objetivos propuestos.

Volvemos a encontrarnos aquí con el establecimiento de una serie de requisitos de rendimiento en cada etapa de investigación. Dado que a lo largo de esta fase se van realizando valoraciones que pueden desembocar incluso en la resolución de la asociación o reducción de sus participantes, será importante mantener la observancia

permanente del principio de servicio objetivo al interés general, imparcialidad y objetividad, de racionalidad y motivación, la igualdad de trato entre los participantes en la asociación para la innovación, la eficacia, buscando que cada fase de investigación cumpla los objetivos para alcanzar la finalidad marcada en el procedimiento así como el principio de proporcionalidad valorando el cumplimiento de los mencionados objetivos. También deberá ejercerse de conformidad con el principio de ejercicio normativo del poder, ciñéndose a los criterios valorativos previstos en los pliegos, actuando con imparcialidad e independencia. En todo caso serán fundamentales los pasos previos y de la fase precontractual, que, en definitiva, sientan las bases del resto de la evolución del procedimiento.

Deberá tenerse en cuenta el principio de buena fe en el ejercicio de sus competencias y de ética, no dando lugar a abusos ni imposiciones que los licitadores no estén obligados a soportar. También el órgano de contratación deberá ser especialmente cuidadoso en lo relativo a la salvaguarda del principio de confidencialidad.

Es esencial efectuar también adecuadamente un seguimiento del desarrollo de las actividades de investigación en la medida en que no se debe olvidar que es necesario fijar unos objetivos intermedios que han de alcanzarse. El órgano de contratación deberá de realizar actividades de seguimiento y verificar el cumplimiento de los objetivos fijados, así como ir filtrando a quienes no deben de ir avanzando en fases siguientes de manera diligente. Ya se ha mencionado como el órgano de contratación puede resolver la asociación para la innovación o reducir el número de socios participantes a medida que se van sucediendo las fases. Estas decisiones deberán adoptarse con objetividad, en seguimiento estricto a lo previsto en los pliegos y de



conformidad con los postulados de la buena administración.

8. Adquisición del resultado de la investigación en el seno de la asociación para la innovación.

Ya superadas las fases de investigación y desarrollo, el siguiente paso es la adquisición del resultado de la investigación. Dicha adquisición no puede darse en toda circunstancia, sino que han de obtenerse unos niveles de rendimiento y de costos ya acordados previamente. Le corresponderá al órgano de contratación realizar las evaluaciones pertinentes para determinar si se han obtenido dichos estándares de calidad y costos.

Una vez efectuado dicho análisis, el órgano de contratación deberá resolver de forma mejor fundada en Derecho y conforme a los principios de la buena administración, lo que proceda en relación con la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes del proceso de investigación. La adquisición de estos resultados del proceso de investigación y desarrollo se realizará de conformidad con lo que se haya previsto en los pliegos de condiciones administrativas particulares.

Del requisito que hemos mencionado con anterioridad consistente en el cumplimiento de los estándares de calidad exigidos, se deduce que no toda asociación de innovación desembocará necesariamente en la adquisición de los resultados de la investigación. Solamente deberá adquirirlas en el caso de que cumplan dichos estándares de rendimiento y costos acordados (art. 181.1). Esta es la ventaja de este procedimiento frente a la compra pública precomercial, que facilita la

adquisición en el seno del mismo procedimiento del resultado innovador, pero no obliga a ello.

Este procedimiento, ya se ha señalado, puede desarrollarse sólo con un empresario o con varios que investigan en paralelo. Ello quiere decir que en relación con la adquisición de los bienes, servicios u obras innovadores pueden darse dos escenarios. El primer escenario no plantea conflictos en la medida en que el órgano de contratación comprará dichos resultados innovadores al único participante. El segundo escenario puede presentar cierta problemática en la medida en que al investigar varios socios de manera simultánea, es importante efectuar la selección del empresario a quien se le comprarán los bienes, servicios u obras innovadoras. La selección entre varios empresarios *se realizará sobre la base de los criterios objetivos que se hayan establecido en el pliego* (art. 181.3). La resolución del órgano de contratación que resuelva sobre la adquisición o no de los resultados de la investigación y que decide a que empresarios compran dichos servicios, obras o productos innovadores deberá realizarse de manera motivada y guardando el debido respeto a los principios de buena administración y a los generales de la contratación pública.

Aquí nos encontramos con una situación compleja, que es la generalidad inevitable prevista en los pliegos por, ya se comentó, la imposibilidad de establecer con elevada precisión todas las condiciones del producto innovador para su adquisición.

Las referencias que podrán incluirse en el momento inicial serán muy genéricas sin perjuicio de que puedan concretarse con posterioridad, a través de una habilitación que prevea el propio pliego o cuando se suscriba el contrato inicial de asociación o cuando se



modifiquen los términos del mismo conforme avancen las fases⁸². Sólo podrá establecerse con mayor precisión las condiciones relativas al coste de las adquisiciones derivadas.

Finalmente, en relación con aquellos casos en que la adquisición de obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, el art. 181.3 determina que sólo podrá llevarse a cabo durante un periodo máximo de cuatro años que empezarán a computarse a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de obras, servicios o suministros resultantes del procedimiento de asociación para la innovación que cumplan los estándares previstos en los pliegos y se hayan seleccionado entre los diferentes empresarios conforme a los criterios objetivos previstos también en aquellos.

IV. CONCLUSIONES.

Ha sido objeto del presente estudio analizar la compra pública de innovación y el procedimiento de asociación para la innovación partiendo de la dignidad de la persona y bajo el prisma del paradigma de la buena administración entendida en un sentido amplio. Para ello se han escrito dos artículos de investigación en esta Revista: el primero centrado en sentar las bases de la buena administración en la contratación pública y a explicar la operativa de la compra pública de innovación, el segundo destinado a desarrollar con detalle la dinámica del procedimiento de asociación para la

⁸² VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, óp.cit., p. 909.

innovación conforme a los principios de la buena administración.

No ha de considerarse la buena administración como un concepto lejano o vacío o sólo como un sistema de garantías en el marco del procedimiento administrativo, más bien al contrario. Una buena administración es aquella que toma las decisiones en función de las personas y del interés común.

De la buena administración parten numerosos derechos concretos que lo desarrollan a través de una interpretación razonable dentro del pleno respeto al Ordenamiento jurídico. Muchos de estos principios los ha señalado ya Rodríguez-Arana y algunos ejemplos son el de juridicidad, racionalidad, igualdad, proporcionalidad, seguridad jurídica, coherencia o facilitación. El derecho fundamental a una buena administración incluye el derecho a ser oído, el acceso a la información, objetividad o deber de motivación, todos ellos previstos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque ni mucho menos se agota en ellos.

La buena administración de la contratación no se configura como un bloque cerrado, sino que está compuesta por muchos principios derivados de la concepción de buena administración y de los generales de la contratación pública. Defender estos principios y valores es fundamental en una materia de tanta complejidad y tan afectada por la ya conocida motorización legislativa. La buena administración de la contratación contiene además consideraciones éticas que han de plasmarse sobre todo en aquellas fases críticas del contrato en las que se encuentran fuertes grados de discrecionalidad administrativa y cierto grado de incertidumbre como es el caso de la contratación pública de innovación.



Una vez comprendido el concepto de buena administración es adecuado entrar a valorar la compra pública de innovación, dado que el procedimiento de asociación para la innovación no deja de ser una de sus principales manifestaciones. Sin entender la compra pública de innovación no puede comprenderse la asociación para la innovación.

Es la Directiva 2014/24/UE el texto jurídico comunitario que promueve la innovación en la medida en que la adquisición de bienes, obras y servicios innovadores representan un papel clave en la mejora de la eficiencia y calidad de los servicios públicos a la vez que responden a los desafíos de la sociedad. Si se responden adecuadamente se mejorará la calidad-precio en las inversiones públicas y proporcionará ventajas económicas, medioambientales y sociales a la vez que fomenta la generación de nuevas ideas. En definitiva, la compra pública de innovación está encaminada a fomentar un crecimiento económico sostenible. Gracias a la CPI puede darse respuesta a las nuevas problemáticas, necesidades y desafíos del siglo XXI apostando por la mejora de la sociedad en su conjunto a largo plazo.

Previamente a las actuaciones de compra pública de innovación hay una serie de estrategias que pueden emplearse y que matizan, en definitiva, las precitadas. Entre ellas destacan las consultas preliminares del mercado, la identificación y planificación de necesidades de compra, la información previa al mercado mediante mapas de demanda temprana y el apoyo de grupos técnicos multidisciplinares. Todas estas estrategias son esenciales para los procesos de contratación pública de bienes, obras o servicios de carácter innovador y en especial para la asociación para la innovación.

Si a través de las consultas preliminares al mercado el órgano de contratación puede obtener conocimientos técnicos y de mercado, es con la Compra Pública Precomercial, Compra Pública de Tecnología Innovadora y la compra pública ordinaria gracias a las cuales se materializa la contratación pública de innovación.

La primera de ellas es una contratación de I+D, remunerada, en la que el comprador público no se reserva los resultados de la investigación para su uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas sus riesgos y beneficios para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. La segunda se refiere a la compra de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un periodo de tiempo razonable. Por último, la compra pública ordinaria se refiere al empleo de los procedimientos de adjudicación y a los tipos contractuales previstos en la normativa de contratación que si se articulan adecuadamente pueden establecerse en los pliegos especificidades conforme que adaptan estos procedimientos a la compra pública de innovación: establecimiento de particularidades funcionales, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación, etc. Entre los procedimientos ordinarios son especialmente interesantes a estos efectos aquellos que llevan aparejadas negociaciones con el poder adjudicador.

Dentro de la compra pública de innovación, se ha adelantado, se encuentra el procedimiento de asociación para la innovación. Aunque este procedimiento se encontraba vigente en el Derecho español a través del efecto directo de las directivas comunitarias, se regula expresamente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.



La doctrina no se ha puesto de acuerdo en su naturaleza jurídica. Parece un procedimiento nuevo, autónomo, que tiene una funcionalidad propia pese a compartir algunas características del procedimiento de licitación con negociación o diálogo competitivo. Podría definirse como un procedimiento especial y cualificado, sobre todo por los trámites que tienen lugar durante la ejecución del contrato.

Yendo más allá del debate sobre su naturaleza jurídica interesa entender el sentido de este procedimiento y estudiar su funcionamiento bajo el paradigma de los postulados de la buena administración.

Este procedimiento está especialmente pensado para los casos en los que sea necesario efectuar actividades de investigación y desarrollo de obras, productos o servicios innovadores para su adquisición posterior por la Administración, cuando las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan sus necesidades. Pueden distinguirse dos estadios: i) investigación y desarrollo y ii) ejecución. Se encuentra además dividido en varias fases: a) una fase preparatoria, b) la selección de candidatos, c) las negociaciones con los licitadores, d) la creación de la asociación y finalmente e) la adquisición del resultado si cumple una serie de estándares mínimos.

Básicamente puede resumirse de la siguiente manera: tras la convocatoria de licitación, cualquier empresario puede presentar una solicitud de participación. Una vez recibidas éstas, el órgano seleccionará quienes pueden formular ofertas. Los seleccionados pasan a ser licitadores en el caso de que presenten una confirmación de participación y en ese caso, se abrirá el procedimiento de negociación, pudiendo desarrollarse en fases sucesivas que desembocarán en una asociación para la innovación.

Una vez creada la asociación para la innovación, que también se estructurará en fases sucesivas, los socios investigarán en paralelo para alcanzar la solución innovadora. En el caso de que se cumplan las expectativas previstas, finalizará con la adquisición de las obras, bienes o servicios que hayan resultado del proceso de investigación y desarrollo.

Este procedimiento es muy novedoso y está dotado de una elevada complejidad de carácter técnico. Por ello es importante tener siempre presente los principios de la buena administración y de la contratación pública que deberán respetarse en todas las fases del procedimiento de contratación. Es a través de este punto de vista en virtud del cual se defiende un funcionamiento diligente de la Administración, en el servicio objetivo al interés general.

Como ya se decía con anterioridad, la elevada complejidad de este procedimiento y su carácter novedoso justifica la necesidad de este estudio. Destaca por ser un contrato técnico, complejo, así como por tener lugar a lo largo de su tramitación un elevado número de valoraciones sometidas a un juicio de valor que ha de realizar el órgano de contratación.

Especialmente cuidadosa ha de ser la administración en la determinación y justificación de sus necesidades y del objeto del contrato, para lo que deberá ayudarse de las consultas preliminares del mercado. Misma precaución ha de prestarse en la redacción de los pliegos, ya que condicionarán todo el desarrollo de la asociación para la innovación y el órgano de contratación se encuentra ajeno, con un grado alto de incertidumbre, al devenir de lo que suceda en la fase de investigación. Si se hace así, se cumplirán con los principios de eficacia, racionalidad,



motivación, transparencia, servicio objetivo al interés general y buena fe.

En la fase de negociación (muy similar a la de los procedimientos negociados) se presentarán proyectos de investigación e innovación iniciales, se irán sucediendo proyectos mejorados progresivamente hasta desembocar en el proyecto final que será valorado para la adjudicación. Aquí nos encontramos de nuevo con grandes problemas a la hora de la realización de las valoraciones dado lo complejo que es determinar los diferentes grados de valoración de cada una de las propuestas. Por ello deberán observarse los principios de igualdad, libre concurrencia, independencia, confidencialidad, así como eficacia y celeridad.

En la fase de asociación para la innovación el comprador podrá filtrar los riesgos asociados a la investigación asociados a posibles soluciones antes de comprometerse a contratar producciones comerciales. Cada uno de los miembros investigará por separado para alcanzar la solución innovadora requerida. Esta fase estará mediatizada en gran medida por lo previsto en los pliegos. deberán respetarse principios como el de servicio objetivo al interés general, imparcialidad, objetividad, racionalidad y motivación, igualdad de trato o eficacia. El grado de innovación deberá valorarse de conformidad con el principio de proporcionalidad y en cualquier caso, a través de un ejercicio normativo del poder.

Como se ha podido comprobar, la tramitación de este procedimiento es especialmente compleja, sobre todo, si se realiza conforme a la perspectiva permanente de la proyección de la buena administración. Su carácter novedoso, de realización progresiva, la inevitable imprecisión inicial de la solución innovadora genera una

incertidumbre en el proceso que deberá ir concretándose siempre conforme los postulados de la buena administración. Por ello es fundamental que la buena administración, incluida la visión ética sobre ella, se encuentre presente en todas y cada una de las fases del procedimiento de asociación para la innovación.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- BERNAL BLAY, M. A. "The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation" *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, v 9, 1 (2014), p. 10. en TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, *Revista española de Derecho Administrativo*, 181 (2016). [Rescatado de Westlaw]
- CASSAGNE, J. C. *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*, Reus, Madrid (España), 2016.
- CERRILLO I MARTINEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*. Aranzadi, Pamplona (España), 2014.
- CERRILLO I MARTINEZ, A., *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid (España), 2005.
- CHAVES, J. R. "Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad", 2016, disponible en: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/> [Fecha última consulta: 19 de mayo de 2015].



- DELPIAZZO, C., "La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados", Revista de Derecho. Segunda época, año 9, nº 10 (2014).
- DEL VECCHIO, G. Los principios generales del Derecho, Bosch, Barcelona (España), 1971.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en AAVV, Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni, Fundación Cultura Universitaria (Montevideo).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Civitas, Madrid (España), 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo, V. 1, Tecnos, Madrid (España), 1995.
- GALLEGO CÓRCOLES, M. I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública" en "Observatorio de los contratos públicos 2013", coord. Gimeno Feliú J. M. & Bernal Blay, M. A., pp. 213 y ss. en Tardío Pato.
- GIMENO FELIU, J. M. "El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control" Revista Internacional Transparencia e Integridad, 2 (2016).
- GIMENO FELIÚ, J.M. El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia, Aranzadi Thomson Reuters, España (2014).

- GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Contratación Pública, Aranzadi, Navarrai (España), 2012, p. 212-213.
- HERCE MAZA, J.I., "La interpretación de las normas: Francisco Suárez y los límites del silogismo", Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, 10 (2017).
- HERNANDO RYDINGS, M. "La nueva regulación de los procedimientos de adjudicación", en AA.VV., La nueva ley de contratos del sector público, curso de actualización: especial referencia a la contratación de las entidades locales (coord. DÍEZ SASTRE, S.), Iuris Utilitas, A Coruña (España), 2018.
- JORDANA DE POZAS, L., "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", Revista de estudios políticos, 48 (1949).
- LARENZ, K. Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel Derecho, Madrid (España), 2002.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. "Guía europea para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación y su aplicación a las entidades locales", El consultor de los ayuntamientos, nº 19 (2015).
- MORENO MOLINA, J. A., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina" Revista Derecho & Sociedad, 44 (2015).
- MILLÁN MORO, L. "Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia" Revista de Instituciones Europeas (1), 1984.



- MEILÁN GIL, J. L. "La buena administración como institución jurídica" Revista Andaluza de Administración Pública, 87 (2013).
- MEILÁN GIL, J. L. "El paradigma de la buena administración", Anuario Da Facultade de Dereito da Universidade Da Coruña, 17 (2013).
- MEILAN GIL, J. L. "Una construcción jurídica de la buena administración" Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 54 (2013).
- MEILÁN GIL, J. L. "El contrato público como unidad" Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2017, consultado en: https://foroida.org/wp-content/uploads/2017/06/Libro_FIDA_2017.pdf [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018].
- MORENO MOLINA, J.A. "La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea", Revista General de Derecho Administrativo, 19 (2018).
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD. "Guía 2.0 para la compra pública de innovación" (2015), disponible en: http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf [Fecha de última consulta: 10 de mayo de 2018], p. 4.
- OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin la nueva ley de contratos del sector público",

- marzo de 2016, consultado en:
http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Documento_final_ESTUDIO_aplicacion_directa_de_las_Directivas_b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3 [Fecha última consulta: 20 de mayo de 2018]
- OLLERO, A. *El Derecho en Teoría*, Aranzadi, Pamplona (España), 2007.
 - PADILLA RUIZ, P., "La buena administración como fundamento de actuación del empleado público", *Revista Vasca de Administración Pública*, 108 (2017).
 - PONCE SOLÉ, J. "La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración" *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175 (2016).
 - RASTROLLO SUÁREZ, J. J. "Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la "buena contratación"", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 7 (2014).
 - RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, Mexico (Mexico), 1956.
 - RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada (España), 2014.
 - RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El derecho a una buena administración para los ciudadanos: un modelo global de Administración*. INAP, Madrid (España), 2013.



- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales. Global Law Press Editorial Global, Sevilla (España), 2015.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 6 (2013).
- Procurement of Innovation Platform, Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación, p. 6, disponible en <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018]
- TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, Revista española de Derecho Administrativo, 181 (2016). [Rescatado de Westlaw]
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "El impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos" en VV.AA., Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público, un análisis jurídico y económico (coord. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.), Aranzadi, (España), 2016.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación (1)", Contratación Administrativa Práctica, 153 (Enero-Febrero de 2018).

- VIÑUALES FERREIRO, S. "La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo? Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 28 (2015).
- VV.AA., La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia, (coord. RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXIA, P., HERNANDO MÁSDEU, J. CEU Ediciones, Madrid (España, 2010)
- VV.AA. "Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", Wolters Kluwer, (España), 2016.
- VV.AA., La ley de contratos del sector público: aspectos novedosos, (coords. MESTRE DELGADO, J.F., MANENT ALONSO, L., TENHAEFF LACKSCHEWITZ, S.), Tirant to Blanch, Valencia (España), 2018.
- VV.AA. Comentarios a la ley de contratos del sector público, (dir. PALOMAR OLMEDA, A., GARCÉS SANAGUSTÍN, M., VAZQUEZ GARRAZO, J.), Wolters Kluwer, Madrid (España), 2018.
- VV.AA. Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (Coords. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., & BOCOS REDONDO, P. Wolters Kluwer, Madrid (España), 2018.

EL OBJETO DEL CONTRATO PÚBLICO Y SU DIVISIÓN

José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho.
Funcionario con Habilitación de Carácter Nacional

Resumen: Uno de los objetivos que a nivel comunitario y con causa en la Estrategia Europa 2020, se ha buscado con la nueva regulación española de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es facilitar la promoción de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) como adjudicatarias de los contratos públicos. Suponiendo esto que hoy la regla general es preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, y para ello que hoy sea el poder adjudicador quien tenga por obligación, estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, basándose en las razones que estime oportunas gozando de la facultad discrecional para acordar justificadamente esa división del contrato.

Summary: One of the objectives that at the community level and with cause in the Europe 2020 Strategy, has been sought with the new Spanish regulation of Law 9/2017 of November 8, Public Sector Contracts, is to facilitate the promotion of small and medium-sized companies (PYMES) as winners of public contracts. Assuming that today the general rule is to foresee the independent realization of each of its parts through its



division into lots, and for that purpose it is now the contracting authority who has an obligation to study the convenience of dividing the contracts into lots, based on the reasons that it deems appropriate, enjoying the discretion to justifiably agree to this division of the contract.

Palabras claves: División, objeto, contrato, fraccionamiento, Directiva, discrecionalidad, lotes.

Keywords: Division, object, contract, fractionation, Directive, discretion, lots.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACION PÚBLICA.- II.1.Objetivos: La división en lotes y fomento a las Pymes.- III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.- IV. EFICACIA DIRECTA DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE.- V. LA NUEVA REGULACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017.- V.1. El objeto del contrato.- V.1.a/. La regla general de la división en lotes.- V.1.b/. La discrecionalidad de la Administración.- VI. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Elemento fundamental en el contrato público es su objeto. Elemento que ha de mantenerse rodeado de una serie de características y fines que determinen la necesidad de su análisis por la trascendencia que su respeto provoca en la tramitación de todo el expediente de contratación. Esta razón impone analizar su fraccionamiento y la opción de la división en lotes en la nueva regulación sin perder de vista el respeto a los principios generales, así como a los distintos pronunciamientos que al respecto se generan desde instancias jurisprudenciales comunitarias.

En este análisis se tomarán en cuenta básicamente dos elementos, el régimen jurídico nacional y europeo y la doctrina del TJUE mantenida y respetada por los tribunales administrativos de contratación pública. Regulación que a día de hoy toma carta de naturaleza en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, 2014/24/UE, sobre contratación pública, 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y 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 2017) y que según proclama la exposición de Motivos de la LCSP2017: “en la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos



basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos". Destacándose igualmente la preocupación comunitaria para favorecer un escenario favorable a las pymes en la contratación pública que llevó a las instituciones comunitarias a decisiones como el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones "Normativa inteligente para las pymes" (2017/C 342/08)"instar a las autoridades públicas de todos los niveles a que garanticen que sus licitaciones son favorables para las pymes y las empresas emergentes en lo que se refiere tanto a sus condiciones de admisión como a las modalidades de pago mediante la adaptación de las garantías exigidas a las características de las pymes, la reducción de los plazos de pago y el refuerzo de la disciplina de pago; pide a las autoridades públicas de todos los niveles que se comprometan a aplicar normas comunes de contratación que favorezcan a las pymes (30)" (DOUE de 12 de octubre de 2017).

Partamos del contenido del considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE que reconoce que "el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial". A partir de este reconocimiento dispone la Administración de la facultad discrecional para acordar justificadamente, dividir el contrato en lotes o no.

II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACION PÚBLICA.

1. **Objetivos: La división en lotes para el fomento a las PYMES.**

La nueva regulación sobre la contratación tiene, entre otros, por objetivo facilitar la promoción de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) como adjudicatarias de los contratos públicos. Para ello que se busque crear una “mejor atmósfera” dice la Exposición de Motivos, para el desenvolvimiento y la competitividad de estas PYMES ante los problemas que encuentran por su dimensión y los importen de los grandes contratos públicos que por su gran proporción sobrepasen la capacidad limitada de las PYMES. Ésta es una de las razones por las que se considera que “parece también lógico que la división del contrato en lotes más pequeños, tal y como propone el artículo 46.1, puede ser un factor que contribuya a resolver este problema” y así que se adopten importantes medidas de protección de su participación efectiva en la licitación de contratos públicos. No se trata de favorecer a las PYME burlando los principios de igualdad, no discriminación y competencia, sino de adoptar medidas que puedan favorecer su participación en las licitaciones con posibilidades de ser adjudicatarias de los contratos que se licitan”.

Reforma normativa cristalizada 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 (LCSP2017) apoyada en este giro instrumental y estratégico de la contratación que, entre otros fines, busca favorecer este acceso de las pymes. Si en los últimos tiempos la normativa estaba orientada hacia la



centralización de los contratos y la complejidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos limitaba a los operadores económicos más modestos, hacía que tan solo grandes empresas llegaran por su capacidad a participar en las licitaciones y ser adjudicatarias de los contratos públicos. El efecto de esta realidad fue un desplazamiento a un segundo plano de las pymes que “constituyen una pieza esencial del tejido productivo en los Estados miembros. La toma de conciencia de este problema ha conducido a introducir reformas en los últimos años con el fin de favorecer el acceso de las pymes a la contratación. En esa línea la nueva Ley favorece la división en lotes, simplifica los procedimientos de adjudicación, facilita la integración de la solvencia, entre otras muchas medidas orientadas a lograr este fin”. En este sentido, cabe traer a colación la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que en sus considerandos (59) y (78) manifiesta que: “(59) En los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME. (78) Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo

de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos”. Dicho esto, la Directiva continúa prohibiendo el fraccionamiento del objeto de los contratos, en su considerando 20 al manifestar que: “A los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo, estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una



fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada”.

Resulta pues que en su art. 5.3 de la Directiva 2014/24/UE, en relación a los métodos de cálculo del valor estimado de la contratación, dispone que la elección del método para calcular el valor estimado de una contratación no se efectuará con la intención de excluir ésta del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Una contratación no deberá fragmentarse con la intención de evitar que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a menos que esté justificado por razones objetivas. Quizás como conclusión al concepto de “unidad operativa o funcional” es que no existen criterios generales o más bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, en el que hay que acudir a la casuística para determinar si existe o no la unidad funcional y, por tanto, si se produce un fraccionamiento indebido del objeto del contrato. De lo expuesto en este apartado, a mi juicio, el criterio que menos margen de error provoca es considerar que debe evitarse el fraccionamiento del objeto del contrato si con ello da lugar a un procedimiento de selección distinto, sin embargo es actualmente más correcto realizar un procedimiento acumulando los importes de la prestación y, determinado el procedimiento de selección, dividir por lotes el contrato con la finalidad de dar más opción a las PYMEs, pero no evitar la publicidad y concurrencia, porque, como hemos visto, la línea que marca lo correcto de lo incorrecto estriba, fundamentalmente, en la publicidad y concurrencia” .

Por su parte la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) consideró además que “en atención al nuevo contexto la finalidad de favorecer el acceso de las PYMEs a la contratación pública debe ser considerada como una justificación válida para que los órganos de

contratación puedan proceder a realizar una división en lotes del objeto del contrato amparándose así que en el supuesto que contempla el artículo 86.3 se disponga “siempre que (...) así lo exija la naturaleza del objeto”. A mayor abundamiento esta interpretación viene avalada por el nuevo enfoque que la Directiva 2014/24/UE introduce para la división en lotes (en su artículo 46). Ésta entró en vigor en abril de 2014 y forma parte del “nuevo contexto”. De hecho, la misma en su considerando (2) explica que ésta es el resultado de una revisión de las normas de contratación comunitarias que trae causa de la Estrategia Europa 2020, por lo que tiene entre sus objetivos el facilitar la participación de las PYMEs en la contratación pública. La Directiva 2014/24/UE en sus considerandos aclara que “debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de la PYME (...)”. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes (...)”, salvo cuando “(...) el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia; o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato” (considerando 78) (Informe nº12/15, de 6 de abril de 2016, JCCPE). División que no obstante, supone que el “diseño y la regulación en los pliegos o documentos que rigen las licitaciones de los procedimientos de contratación pública, de la división en lotes del objeto de los contratos, así como de la limitación del número de lotes al cual las empresas pueden presentar ofertas y del número de lotes de los que pueden resultar adjudicatarias, se debe efectuar teniendo en cuenta, aparte de, lógicamente, el objeto y el volumen de los contratos, aspectos tales como la



tipología o el fundamento de la división del objeto del contrato (lotes por funcionalidades, por criterios geográficos, por umbrales o franjas económicas, etc.), el sector a quién se dirige la licitación, así como el perfil y la tipología de empresas llamadas a participar” (Informe nº 19/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña de 17 de diciembre de 2014).

Aportando MARTINEZ FERNANDEZ, vista la regulación de las Directivas comunitarias, “la posibilidad de limitar el número de lotes a los que se podrían presentar las empresas ya había sido admitido en nuestro país en el informe de la Abogacía del Estado de 28 de julio de 2006, que en cambio no consideraba posible concurrir a todos los lotes y limitar los que se puedan adjudicar a la misma empresa, que ahora ya permite la Directiva. En estos momentos entendemos que es obligatorio justificar la decisión de no fraccionar en lotes un contrato, pues la regla general que establece de manera clara el art. 46 de la Directiva. Así lo entiende el informe del TARC de 1 de marzo de 2016 que consideró de aplicación directa el art. 46, señalando la decisión de articular lotes es una regla o principio de alcance general, y que, si bien no se puede exigir en todos los contratos, es necesario justificar expresamente la no división en lotes. Por lo tanto, no es ya sólo una «buena práctica recomendable», coma apuntaba el Informe de la JCCA de Cataluña nº 19/2014, una medida imperativa cuyo quebranto ha de estar expresa y objetivamente motivado. Este mismo órgano consultivo, en su Informe nº 2/2016, de 6 de abril, concluyó que «la división en lotes del objeto del contrato, siempre que sea posible, constituye la regla general, teniéndose que justificar en el expediente la decisión de no hacerlo».

Medidas de fomento a las PYMES que no deben hacernos olvidar que resultará "más importante la manera de proceder de los poderes adjudicadores hacia la PYME que las medidas legislativas concretas que se puedan establecer en la Ley" instando la doctrina a que " los poderes adjudicadores deberían establecer planes de actuación que permitieran un mejor acceso de la PYME a la contratación pública, aprovechando los límites legales" alentando los considerandos de la Directiva de Contratación a los poderes adjudicadores a aplicar el Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el este acceso de las PYME a los contratos públicos.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Resulta destacadísima la función de armonización que la doctrina del TJUE está consolidando hace años para vertebrar la aplicación al sector de la contratación de unos principios generales, que llevan como apuntara GIMENO FELIU "en la lógica de una correcta transposición de las Directivas europeas de contratación, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebrar el sistema. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante existe una importante "fuente de derecho", ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos "comunitarios" deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. Doctrina que debe ser



conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos”.

Esta circunstancia juega asimismo como premisa para la aplicación directa en este caso, de las previsiones de la nueva regulación resultante del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública (Resolución nº 600/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) que consideró en el caso particular que “siendo el objeto del contrato las distintas prótesis de cadera y rodilla a las que se refieren cada uno de los lotes en los que se divide este acuerdo marco, no cabe entender que un concreto elemento de los que integran la configuración de la unidad que constituye una prótesis, en este caso el cemento, pueda ser estimado como una unidad funcional susceptible de aprovechamiento separado y de conformar por su parte, de manera autónoma, un nuevo lote en la contratación”, aunque sin olvidar el amplio margen de discrecionalidad del que goza el órgano de contratación (Resolución nº 991/2015 del TACRC) para determinar, como analizaremos más adelante, los requisitos técnicos de la prestación que se pretenda contratar, a fin de garantizar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos (en el mismo sentido sus Resoluciones nº548/2014, de 18 de julio, nº 756/2014 y nº 250/2015, de 23 de marzo; la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid y el Informe 2/2009 de la Junta Consultiva de Navarra).

La LCSP2017 como se ha adelantado, pasa a estipular la regla de la división en lotes en su artículo 99.3, manifestando que "siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta. No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras", para añadir a continuación una enumeración de motivos válidos para justificar la no división en lotes del objeto del contrato.

Tan solo señalar por lo que hace a la nueva regulación del contrato menor que en el proyecto de ley, para hacer efectivo objetivos como la buena administración y preservar la transparencia en la contratación pública mediante un control preventivo útil, rápido e independiente, se propugnó por MARTÍNEZ FERNÁNDEZ y el Observatorio de Contratación Pública tanto la extensión del recuso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y no tan solo a los contratos de importe armonizado, como aconsejar se señalaran los requisitos de publicidad para ese contrato menor y evitar su abusiva utilización (en muchas ocasiones como contratación directa) además de delimitarse la fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador. De esta manera que tras el alumbramiento de la LCSP2017, este mismo autor, advirtiendo las limitaciones que sobre esta figura venían de la UE, reclamase expresamente a nuestro legislador, reforzar la transparencia y reducir significativamente la contratación directa y el negociado sin publicidad, por sus consecuencias en aumento del gasto de las administraciones públicas y una competencia limitada de



las empresas de los demás países de la UE, reclamando esa misma transparencia en la contratación pública, pues una baja tasa de publicaciones de los anuncios de contratos, se traduce con frecuencia en adjudicaciones directas.

En los mismos términos por vulnerarse principios generales de la contratación por no haber licitación y con el abuso de la utilización de los contratos menores, citar las SSTJUE de 18 diciembre 2007, asunto C-220/06, Comisión contra España, de 16 abril de 2015, asunto C-278/14, de 6 de octubre de 2016, asunto C-318/15, a pesar de optar por una interpretación generosa, con amplio margen de apreciación a favor de la consideración del interés comunitario. Recordándose por este autor, las advertencias desde distintos órganos sobre el mal uso de los contratos menores para evitar casos de corrupción, mediante la división del objeto, que podría dar lugar a supuestos de prevaricación por evitar aplicar las reglas generales de la contratación (SSTS de 30 de abril de 2015, de 1 de julio de 2015; SAP de Granada 5 de mayo de 2017, SAP de Cáceres, 135/2015, de 27 de Marzo de 2015, el Dictamen nº 128/2016, de 21 de abril del Consejo Consultivo de Canarias; Informes de la JCCAE nº 1/09, de 25 de septiembre de 2009 y nº 2/2016, sobre la unidad funcional que no pueden ser fraccionadas; o Informes del Tribunal de Cuentas nº1.046, de 24 de julio de 2014 y nº 1.151/2016, de 27 de abril de 2016).

De esta manera que se declarase competente por la cuantía para conocer de un recurso contra la adjudicación de un contrato menor, un Tribunal de recursos, no por el contrato menor en sí, sino por considerar que el objeto del recurso consistía precisamente en que se declarase se había producido un fraccionamiento del contrato principal, cuyo valor

estimado debe ser considerado, en tal caso, como el parámetro para determinar esa competencia (Resolución nº 4/2017, de 11 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y Expediente nº 45/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado-JCCPE).

Queda pues asentada la base del influjo de la normativa comunitaria que se impone en nuestra regulación contractual como señalara MORENO MOLINA “una nueva perspectiva desde la que contemplar toda la normativa española sobre la contratación pública. En efecto, el Derecho europeo persigue como objetivo básico asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada”, lo que nos induce a reducir y justificar el uso de procedimientos excepcionales, como el contrato menor y el procedimiento negociado.

IV. EFICACIA DIRECTA DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE.

Siendo nuevo el criterio como regla general para la división del objeto del contrato en lotes, antes de conocer los pronunciamientos de los tribunales administrativos de contratos, es necesario saber de la denominada “fuerza jurídica” de las nuevas Directivas de contratación pública de las que deriva que, antes de su plazo de su transposición (18 de abril de 2016) fuera necesaria conocer la interpretación conforme a las mismas del marco nacional, como bien realizó el Acuerdo 37/2014, de 30 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) o en la Resolución nº 123/2014 del Tribunal



Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPMad), de 16 de julio de 2014 al utilizar el concepto de riesgo operacional para delimitar cuando existe una concesión de servicios, regulada en la Directiva 23/2014, de concesiones, siempre con el objetivo de no realizar una interpretación que pudiera frustrar la finalidad (obviamente futura) de las Directiva y que no se comporte como una interpretación “contra legem” (Informe nº7/2014, de 13 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

Para ello acudamos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su Recomendación de 15 de marzo de 2016 sobre la aplicación a partir del 18 de abril de 2016 de determinados aspectos de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, dirigida a los órganos de contratación, fecha en que aún no se había procedido a su completa transposición, con excepciones puntuales (como la acreditación por el empresario de su solvencia económica y financiera (incorporada a través del Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía); la nueva regulación de las prohibiciones de contratar; y la nueva regulación de la responsabilidad del concesionario, según la idea de la asunción del riesgo operacional por aquél (ambas cuestiones, a través de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público); y la nueva regulación de los contratos reservados a centros especiales de empleo, empresas de inserción o que se ejecuten en el marco de programas de empleo protegido (a través de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de auto empleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía

Social), para facilitarles, con este criterio interpretativo, la aplicación de las mencionadas Directivas, recordando su efecto directo según previsiones de la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004).

De manera que al terminar el plazo de transposición se les brindara a los particulares su posible invocación ante la jurisdicción nacional, cumpliendo unos requisitos acumulativos, que implicaran que la ausencia de uno de ellos, impedía automáticamente la aplicación directa del precepto (STJUE de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, 41/74 y según el Informe nº 5/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias). Requisitos como que la disposición sea lo suficientemente clara, el precepto invocado sea lo suficientemente preciso en cuanto al derecho que otorga al particular o la obligación que impone al Estado y que establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición, resultando incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación (STJUE Kaefer y Procacci, de 12 de diciembre de 1990).

Recomendación que también hizo llegar a Baleares a los órganos de contratación de esta Comunidad Autónoma y su sector público instrumental, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en su Recomendación nº 1/2016, de 30 de junio, sabiendo que una vez "transcurrido el plazo para transponer una Directiva sin haberlo hecho, las normas de derecho interno deben interpretarse a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate, a fin de alcanzar los resultados que persigue" (SSTJUE de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, dictada en el asunto C- 91/92 y de 4



de julio de 2006, Adeneler i altres, dictada en el asunto C-212/04).

Sobre este efecto directo de las Directivas, la Instrucción nº 1/2016 de la Dirección General de Contratación Pública de la Generalidad de Cataluña, según acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, de 6 de abril de 2016, aprobó el Informe nº 1/2016 en el que se concretó, entre otras materias, que las disposiciones de las directivas mencionadas eran de directa aplicación: " 7. Lotes. 7.1 En los contratos en que no exista división por lotes, se deberá incluir en el expediente un informe que justifique los motivos, y hacerlo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 7.2 En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se podrá establecer un número máximo de lotes a los que una misma empresa puede licitar, o limitar el número de lotes que se pueden adjudicar a un único licitador. En este último caso, será necesario que se establezcan los criterios para determinar para qué y a cuántos lotes se puede limitar la adjudicación a una única empresa".

Por su parte el Gobierno de Canarias, a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe nº 5/2016) recordó que por su naturaleza "las Directivas, como regla general, no tienen aplicabilidad directa, es decir, no son susceptibles de afectar directamente al patrimonio jurídico de los particulares, pues requieren, en todo caso, de medidas de transposición por el Estados miembros, frente a los Reglamentos que sí resultan de directa aplicación. A pesar de lo anterior, en determinadas circunstancias y con ciertos límites jurisprudencialmente delimitados, una directiva puede desplegar efectos directos, en aquello que beneficie a los particulares, facultándoles para que invoquen los

derechos que tengan a su favor frente al Estado (efecto directo vertical ascendente). Con carácter general, resultarán de aplicación directa, aquellos aspectos de la regulación de las directivas que resulten claros, y que no requieran acto alguno de concreción, como lo son, por ejemplo, los artículos 1 a 10 de la Directiva 2014/24/UE, relativos al objeto de la misma y ámbito de aplicación, las definiciones, los importes de los umbrales y la redacción dada por el Reglamento delegado (UE) 2015/2170, de la Comisión de 24 de noviembre de 2015, a los métodos de cálculo del valor estimado de la contratación...acordando en su resumen de normas que resultaban directamente aplicables como el artículo 46, apartados 1 y 2, pero "no así, el apartado tercero relativo a ofertas integradoras que precisaría de un acto de transposición porque se trata de una opción para los Estados miembros; ni el apartado 4, que recoge la posibilidad de que los Estados miembros puedan hacer obligatoria la adjudicación por lotes separados, pues requerirá de transposición".

"Anticipación jurídica" al menos con valor interpretativo, que fuera admitida por el propio TJUE, en la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C 470/13), apartado 37, y que sirvió de criterio a la Abogacía del Estado en su Informe nº 3/2015, de 27 de enero de 2015, para concretar que "c) El plazo de transposición de una Directiva impone obligaciones de carácter positivo a los Estados destinatarios. En relación con estas obligaciones, la jurisprudencia del TJUE tiene declarado que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 288 TUE, apartado 3, y por la propia Directiva (sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48; de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72195,



EU:C:1996:404, apartado 55, e Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 40). De esta obligación se deriva que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para que, al expirar dicho plazo, se hubiera alcanzado el resultado prescrito por la Directiva (sentencias Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 44 y Stichting Natuur Milieu y otros, anteriormente citada, apartados 84 y 85)". También debemos citar la interpretación que efectuó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe nº19/2014, de 17 de diciembre, sobre Previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE. Análisis de su aplicabilidad que en relación a la posibilidad de articular lotes (artículo 46 de la Directiva 24/2014), se defiende en términos como que "la opción de limitar el número de lotes al cual las empresas pueden presentar ofertas y el número de lotes a los que pueden resultar adjudicatarias, son plenamente aplicables en la actualidad, en tanto que no contravienen el régimen jurídico vigente en materia de contratación pública, tanto comunitario como interno –más teniendo en cuenta que su aplicabilidad no se deja a elección de los estados miembros, tal como se desprende de la dicción literal de la Directiva, al hacer referencia a que "los poderes adjudicadores podrán", "precisarán", "estarán facultados". De hecho, estas previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/CE no hacen más que confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad al derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones sobre este aspecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para "animar a los poderes adjudicadores a, en

particular, dividir grandes contratos en lotes" con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública (considerando 78 de la Directiva 2014/24/CE)".

V. LA NUEVA REGULACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 9/2017.

1. El objeto del contrato.

a) La regla general de la división en lotes.

Dispone el artículo 99.1 LCSP2017 que "el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado", "se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten". Este reconocimiento normativo supone transponer a la contratación pública, la regulación para todo tipo de contratos establecida en el artículo 1273 del Código Civil, al reconocer que "el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes", y cuya ausencia o falta de determinación redundará en nulidad del contrato por vicio sustancial del consentimiento.

Así en el Acuerdo nº3/2016, de 8 de enero de 2016 del TACPA, interpuesto un recurso especial frente a la adjudicación de un contrato de suministro y distribución de material informático no inventariable, recordó su Acuerdo nº 91/2015, de 28 de septiembre, al acordar que es a " la luz de los principios de libertad de acceso



de los licitadores, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos como deben redactarse e interpretarse los pliegos de prescripciones técnicas", y con estos parámetros saber que "las prescripciones técnicas incluyen aquellas instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación objeto del contrato, singularmente en el caso de los contratos de suministro como el que es objeto de recurso, se refieren a los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los estándares mínimos que debe reunir dicho producto, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Estas prescripciones técnicas contenidas en los pliegos son las únicas a las que deben atenerse los poderes adjudicadores a la hora de adjudicar. Ahora bien, el órgano de contratación, teniendo en cuenta estos parámetros interpretativos, goza de libertad para definir y determinar el objeto del contrato para satisfacer, del modo más eficaz y eficiente, las necesidades que se le planteen".

En esta línea para SANTIAGO FERNANDEZ que "el análisis artículo 99 de la LCSP 2017 no lleva a resaltar una supresión, que a mi juicio sí es importante y es la referencia a la configuración de los lotes que hacía el artículo 86 del TRLCSP exigiendo para ello que «estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional». Esta supresión implica que la LCSP 2017 a la hora de dividir el objeto del contrato en lotes a lo que presta atención es a la naturaleza del objeto del contrato según éste sea o no divisible pero ya no se exige además que a la hora de configurar cada uno de los lotes, estos constituyan una unidad funcional o sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado". En relación a la posibilidad de fraccionamiento del contrato y división de lotes, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del

Estado optó por aclarar en su Informe nº 69/08, de 31 de marzo de 2009 que no podrán contratarse por separado prestaciones que se integren en un solo objeto por razón de su propia naturaleza o porque consideradas conjuntamente sirven a la funcionalidad de la prestación contractual, que no podría lograrse si no concurrieran todas ellas. Por el contrario, sí pueden ser objeto de contratación independiente aquellas prestaciones que, aun cuando de naturaleza similar, no tengan entre sí una unidad funcional de la que se derive la imposibilidad de contratar la una sin la otra. La idea fundamental, que debe regir la posibilidad o no de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. Fuera de estos casos la contratación por separado de prestaciones que puedan guardar alguna relación entre sí, no deberá ser considerada como fraccionamiento del contrato, como tampoco deberá considerarse vetado por la Ley el fraccionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en que no origine alteración de las normas. La LCSP 2017 sólo establece dos posibles motivos para justificar la no división en lotes. En consecuencia, la configuración del objeto del contrato y su división en lotes parte de la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y funcionalidades". Además, hoy, y como novedad, "se dispone que el objeto del contrato se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única, especialmente en aquellos contratos en los que puedan incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que



mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Si bien, esta posibilidad ya figuraba en el TRLCSP al regular los pliegos de prescripciones técnicas, ahora se hace hincapié en dicha posibilidad y se traslada también al objeto del contrato, como una forma idónea para introducir aspectos de innovación". No olvidar que cerrar todos los lotes a favor de empresas sociales vulnera el fundamento de las previsiones europeas al expulsar del mercado a las Pymes que trabajan en este sector (Resolución nº 62/2017 del TACPA).

b). La discrecionalidad de la Administración.

Visto el artículo 1 LCSP2017 y los principios de eficiencia y buena administración, así como el respeto a la sostenibilidad, el objeto de las necesidades administrativas deberá cubrirse por el órgano de contratación y no por el recurrente (Resolución nº109/2018, 25 de abril, FD5, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, TARCAAnd). Así pues, a la vista del objeto contractual y de las necesidades administrativas que el mismo trata de satisfacer, no tendría cabida el alegato de un recurrente acerca de "que los fungibles a licitar no cubren todas las necesidades de la Administración, puesto que no corresponde a la recurrente realizar este tipo de apreciaciones. De acuerdo con el artículo 22.1 del TRLCSP, son las entidades públicas contratantes las que deben determinar con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Y en el supuesto analizado, la justificación técnica de tales necesidades y de la unidad de objeto para su satisfacción está precisada suficientemente en el apartado 5.3 del cuadro

resumen del PCAP, anteriormente transcrito. En este punto, hemos de acudir a la doctrina acuñada por este Tribunal (Resoluciones nº295/2016, de 18 de noviembre y nº203/2017, de 13 de octubre) conforme a la cual es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate. Y es que, como asimismo señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución nº 244/2016, de 8 de abril), el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la Administración, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación". Por ello, señala el citado Tribunal que "la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración persigue", siendo doctrina respaldada por la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15).



En fin que la nueva regulación se caracteriza porque ahora la regla general es preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, además "teniendo en cuenta el tasado carácter de las limitaciones que puedan introducirse junto con la decisión de dividir un contrato en lotes, debemos concluir, que, desde la entrada en vigor de la nueva Ley, resulta plenamente admisible la presentación, en un mismo procedimiento, de ofertas por parte de las empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, sin que exista restricción alguna de la potencial adjudicación de los lotes a las ofertas presentadas por dichas empresas y sin que tales restricciones puedan ser establecidas por los órganos de contratación".

Regulación a la que agregar el contenido del expediente del contrato, y que el artículo 35 LCSP2017 se refiere a "los contratos que celebren las entidades del sector público". Contenido que "salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones: c) Definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación". Previéndose que " el expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 7 del artículo 99 para los contratos adjudicados por lotes " (artículo 116.2 LCSP2017).

Por tanto, vista la nueva regulación del objeto del contrato, sobre el proyecto de LCSP2017 recordar que el Consejo de Estado (Dictamen nº 1.116/ 2015, de 10 de marzo de 2016) advirtió que la regla pasa a ser ahora, cuando el objeto del contrato admita ser fraccionado, su división en lotes, siendo un cambio relevante respecto de la regulación precedente que obedecía a la convicción

expresada por los considerandos 77 y 78 de la Directiva 2014/24/UE. Si bien, que advirtiera el propio Consejo de Estado, el peligro de que esta división o fraccionamiento del contrato “puede constituirse en la práctica en un modo de soslayar las exigencias de publicidad y concurrencia que impone la normativa, europea y española, sobre contratación pública”. Discrecionalidad para conformar la prestación a contratar que, manifestó la Resolución nº 249/2016, de 14 de octubre, del TARCAAnd, “no puede ser en modo alguno sustituida por la voluntad de los licitadores, puesto que estos no intervienen en la fase previa de determinación del alcance y extensión de las necesidades públicas -lo cual solo compete al órgano de contratación-, sino únicamente en la fase posterior de satisfacción de dichas necesidades a través de la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa y en la posterior ejecución de la prestación. Además, la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación no supone en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate”.

Discrecionalidad técnica también reconocida por la JCCPE que consideró que con carácter general le corresponde al órgano de contratación decidir si para dar satisfacción a varias necesidades tramita uno o varios expedientes de contratación. Esta discrecionalidad para configurar jurídicamente la licitación y contratación de dos o más prestaciones encuentra su límite en el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato. En este sentido encaminó su doctrina manifestada en sus Informes nº 31/12, de 7 de mayo, nº1/09, de 25 de septiembre, nº16/09, de 31 de marzo



de 2009, nº57/09, de 1 de febrero y nº 69/08, de 31 de marzo) “en el sentido de que esta norma tiene por objeto tratar de evitar el fraude legal tendente a la elusión de la aplicación de ciertas normas en materia de publicidad y relativas a los procedimientos de adjudicación cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato”. Discrecionalidad técnica sobre la que la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, si bien, acompañada de una justificación racional para los lotes escogidos (Resoluciones nº 138/2012, nº 143/2012, nº 187/2012 o nº 227/2012 del TACRC).

Esta facultad discrecional se prevé además en el Considerando 78 de la Directiva 2014/4, cuando afirma que “el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”. Ahora bien, no se entiende muy bien el fundamento del mismo, puesto que “hay una posibilidad de revisión por parte de los Tribunales por falta de motivación o insuficiencia de la misma, arbitrariedad o discriminación, error material, o por restringir la competencia. Conviene apuntar que la Directiva 2014/24, en el artículo 5.2, introduce una consideración importante, al exigir que cuando un poder adjudicador esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas ellas, salvo que se trate de una unidad funcional separada que sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación, consideración que se deberá transponer a nuestra legislación”. Siendo necesaria la debida justificación para la que la doctrina del Tribunal Supremo es contundente por cuanto “el legislador va más allá de lo que

ordinariamente se entiende como el deber de "motivar" determinadas actuaciones de la Administración; y ello, no solo porque el precepto habla de "justificar" y no de "motivar o motivación", sino porque a dicho verbo le acompaña el adverbio "debidamente", lo que indica que no basta con que se haga explícita referencia a que se dan los supuestos de hecho de la norma, sino que además es preciso que tales supuestos de hecho queden acreditados de manera suficiente», considerando la jurisprudencia que la omisión de esta justificación constituirá un vicio de anulabilidad.

Además de saberse que esta discrecionalidad supone poder acordar la no dividir el contrato en lotes y como poder adjudicador actuar dentro de su libertad para la configuración del contrato, sin infringir los límites de la misma. Fue éste el acuerdo del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Resolución nº17/2018, de 30 de enero) para un contrato de servicios de la recogida y transporte de residuos domésticos y asimilables, argumentando su decisión mediante informe con base en la "optimización y eficiencia del servicio, en una organización coherente, una responsabilidad única, aclarando también que no supone una restricción de la competencia, ni merma la participación de pequeñas empresas", abrazando de esta manera los motivos para la no división referido a extremos que facilita el ya mencionado Considerando 78 de la Directiva 2014/24, esto es, hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico y que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato. En este sentido recordar el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Expediente nº 39/18) toda vez que analizando contratos de campañas publicitarias y el posible



fraccionamiento de su objeto, dictaminó que acordar la actuación separada de cada campaña “a los efectos de que opere la limitación mencionada deberá verificarse a la luz de la existencia o no de vinculación operativa entre ellas. Resultando que “la determinación de estos aspectos exige una labor individualizada de cada órgano de contratación atendiendo a los diferentes aspectos que conforman las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, de modo que “la separación operativa y funcional de las campañas puede permitir un tratamiento independiente mientras que un fraccionamiento cuyo único objeto fuese separar contratos que debieran estar unidos con el fin de burlar las reglas de publicidad o de procedimiento será ilícito”.

VI. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES.

En su búsqueda de la transparencia, la nueva regulación comunitaria, prevé la intencionalidad a la hora de la división del objeto. Así, en el artículo 5.3 de la Directiva 2014/24/ de 26 de febrero de 2014 establece que “la elección del método para calcular el valor estimado de una contratación no se efectuará con la intención de excluir ésta del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Una contratación no deberá fragmentarse con la intención de evitar que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a menos que esté justificado por razones objetivas”. Intención elusiva que por el contrario no fue exigida en la Resolución nº 571/2016, de 15 de julio del TACRC, interpretando el Tribunal que para que se produzca un fraccionamiento indebido basta la división de un contrato cuyo objeto fuera único (STJUE de 11 de julio de 2013. Asunto T-358/08). Este fraude se podrá evitar fomentándose la

práctica de la concurrencia competitiva y utilizando el perfil de contratante para darle publicidad.

No obstante lo dicho, sí podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en la ley (artículo 13 LCSP2017), cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

Sobre el valor estimado de los contratos (artículo 101 LCSP2017) la JCCPE en su Expediente nº 9/18 para su adecuada interpretación del artículo 101 LCSP2017, consideró que visto el contenido de su apartado 6: “cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales. No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate. En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato “, y 12 que “cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros destinados a usos idénticos o similares pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes. Igualmente, cuando una obra o un servicio propuestos puedan derivar en la adjudicación simultánea de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios por lotes separados, deberá tenerse en cuenta



el valor global estimado de todos los lotes ", sobre el concepto de unidades funcionales, a la luz del Considerando 20º y del artículo 5.2 de la Directiva 24/2014, en los supuestos en estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté cualificada por gozar de una financiación específica y de competencia para celebrar un contrato, cabrá estimar los valores, como dice la ley "al nivel de la unidad de que se trate" así como que " aunque la misión del artículo 101 no sea la de determinar cuándo los contratos deben abarcar unas prestaciones u otras, lo cierto es que la existencia de una unidad funcional separada y autónoma supone que los contratos que la misma licite tengan una sustantividad propia con respecto al resto de los contratos de la entidad pública a la que pertenecen. Esto significa que estamos en presencia de contratos que licita un órgano que tiene competencia propia y una dotación presupuestaria específica, lo que indica que, como señala la Directiva, celebra el contrato de manera independiente y lo financia con cargo a un presupuesto del que dispone, y no realiza simplemente una licitación de manera descentralizada. Por esta razón en estos supuestos no tendría ningún sentido que, existiendo una unidad funcional dotada de autonomía, los contratos que celebre deban incluirse en un contrato mayor de la entidad pública en la que están integrados. Por el contrario, en estos supuestos lo que procede es que la unidad funcional licite su contrato de forma independiente y que las prestaciones que son propias del mismo no se integren como lote en otro contrato licitado por un órgano diferente. Teniendo en cuenta lo anterior, se trataría de un contrato distinto y autónomo, de modo que su valor estimado no debe confundirse con el de otros contratos. Otra cosa es que el mismo deba dividirse en lotes internamente, para lo cual habrá que aplicar las reglas generales descritas en el artículo 99 de la Ley". Esta reflexión sirve para entender como no justificada la

división del objeto acordada por el órgano de contratación, al resolver la impugnación de los pliegos la Resolución nº 124/2018 del 25 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPCM) por cuanto el contrato de servicios de limpieza integral de los Centros de Atención Especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud, siendo el motivo del recurso que se incluía una “disparidad de servicios que no guardan ninguna complementariedad ni vinculación, al tratarse de un contrato de limpieza de edificios y locales que incluye otros servicios como desinfección, desratización, etc. no guardando las actividades ninguna relación, ni complementariedad alguna, y pudiendo separar las prestaciones en varios lotes y de esta forma favorecer la libre competencia y que puedan acceder al concurso un mayor número de pequeñas y medianas empresas. A lo que replicó la Administración que gozaba de discrecionalidad para dar satisfacción a varias necesidades, tramitando uno o varios expedientes de contratación con la única limitación de no dividir fraudulentamente el objeto del contrato y, por otro lado, que no se fusionan en un solo contrato prestaciones que carecen de vinculación objetiva entre sí”. Ante esta situación se resolvió a la luz de los principios generales de la contratación que “se debe justificar suficientemente la decisión de dividir en solo dos lotes un contrato que abarca a 13 centros, cuyas características –tamaño, ubicación- es desigual, sin que las razones organizativas aludidas en las memoria (la existencia de una central de compras y su finalidad) sea razón suficiente, ya que la homogeneidad del servicio a través de un protocolo de limpieza y la racionalización en una Central de Compras no están reñidos con la posibilidad de división en lotes. Tampoco es razón admisible la existencia de contrato precedente de idénticas características a que es objeto del recurso en tanto que su régimen jurídico es diferente



al estar sometido en su totalidad a la anterior TRLCSP. Por lo cual, consideró este Tribunal que los Pliegos que rigen esta licitación, en cuanto no justifican adecuadamente la no división en lotes del objeto contractual, no se acomodan a lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en lo que se refiere la división de lotes por lo que debe estimarse el recurso". Y acordando "estimar ambos recursos, anulando los Pliegos y la licitación, que deberá iniciarse nuevamente si persiste la necesidad, redactando nuevos Pliegos debiendo justificarse adecuadamente la división en lotes".

Por otra parte impugnados los pliegos del contrato de servicios postales y telegráficos de un Ayuntamiento (Villaviciosa de Odón) y del Juzgado de Paz de la misma localidad, desestimó el recurso especial, la Resolución nº 75/2018 de 14 de marzo del TACPCMad pues "en este caso la necesidad de atender a ambas prestaciones garantizando que el lote de menor importe no quede desierto, es causa razonable que avala la no división en lotes en función de la prestación, la misma circunstancia se produciría con respecto al correo internacional en un municipio como Villaviciosa de Odón debiendo atenderse a la eventualidad de que el lote quedara desierto con tal configuración, al no ser rentable".

Ya en la legislación de 2007 (artículo 74 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre) tuvieron lugar pronunciamientos esclarecedores sobre la posibilidad o no de la división y su efectos fraudulentos, reconociendo los Informes nº 57/08, de 31 de marzo de 2009 y nº 69/08, de 31 de marzo de 2009 de la JCCE, "que el objeto de un contrato pueda fraccionarse y dividirse en lotes las diferentes partes de la prestación siempre que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional.

Quiere decir esto que si se admite la posibilidad de que partes de una prestación puedan ser tratadas separadamente, desde el punto de vista contractual, cuando cumplan los dos requisitos mencionados, con mucha más razón deberá admitirse que sean objeto de contratación por separado dos prestaciones que ni siquiera forman por sí mismas una unidad". Por su parte, el TARCAnd, analizando la no división del contrato en el contrato de suministro en régimen de arrendamiento con opción a compra y mantenimiento de mobiliario de habitaciones para el nuevo Hospital de la Línea (Cádiz) acordándose por el órgano de contratación, fue objeto de impugnación, argumentándose que "la agrupación nº1 de lotes comprende tres unidades funcionales independientes como hospitalización, cuidados críticos y paritorios, habiéndose extralimitado el órgano de contratación en la discrecionalidad permitida en la ley para la elaboración de los lotes", si bien la Resolución nº 318/2016 de 7 de diciembre de 2016, visto el considerando 78 y artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE, optaba porque recae sobre los poderes adjudicadores la obligación de justificar la no división en lotes", de manera que recordando su criterio representado en la Resolución nº 249/2016, de 14 de octubre, "(...) es el órgano de contratación el que, conector de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conector también de las limitaciones de su presupuesto, debe configurar el objeto del contrato del modo que mejor satisfaga el interés público perseguido con el contrato", resolviera la Resolución nº 318/2016 de 7 de diciembre de 2016, impugnado el acuerdo de una agrupación que integraba "lotes de bienes distintos que podían haber sido objeto de adjudicación independiente y entre los que no existe la interdependencia a que alude el PCAP al definir la agrupación, de manera que con la agrupación se ha evitado el fraccionamiento o división, y ni el pliego ni



ningún otro documento del expediente ha justificado la decisión de no dividir o lo que es lo mismo, la decisión de acumular, motivación que resulta obligatoria a la luz del artículo 46.1 de la Directiva” que si bien no hubo extralimitación en la discrecionalidad, sí se le obligó a justificar su decisión bien en el propio pliego y/o expediente de contratación.

En definitiva, la vulneración del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos obviando las reglas procedimentales que la normativa prevé mediante un uso fraudulento y abusivo de la adjudicación directa mereció el calificativo por la jurisprudencia comunitaria, como claramente reflejara MORENO MOLINA de la infracción “más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos” (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, apartado 37). Proponiendo el profesor como recomendable “para proteger a los licitadores contra prácticas abusivas o discriminatorias y garantizar además el derecho a una buena administración, residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. En este sentido, podría ser útil tomar como referencia el modelo de las subastas electrónicas”. Sin olvidarse de la aplicación horizontal de los principios a todas las fases contratación y tanto por encima como por debajo de umbrales (STJUE de 20 de mayo de 2010, Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006).

Un caso particular que por el objeto del contrato justificó la no división en lotes fue resuelto por la Resolución nº 364/2018 de 13 de abril del TACRC al impugnarse los pliegos tanto de prescripciones técnicas como el de

cláusulas reguladoras de la licitación del contrato del “servicio de fraccionamiento de plasma humano para la obtención de hemoderivados. Centro de transfusión banco de sangre de La Rioja. Fundación Rioja Salud”. Así alegándose que el contrato no fuera dividido en varios lotes, entendiéndose que “procedía aislar en un lote separado el medicamento Alfa-1-antitripsina a la vista de que éste únicamente se elabora con sangre de donantes estadounidenses”, obtuvo la réplica del órgano de contratación entendiéndose que “el contrato licitado no tiene por objeto la adquisición de medicamento alguno sino la prestación del servicio de elaboración de hemoderivados con el excedente del banco de sangre riojano. Y respecto del Alfa-1 antitripsina se indica que los propios pliegos admiten que en la actualidad es un medicamento que únicamente puede obtenerse con plasma proveniente de EE.UU. de ahí que se establezca que el adjudicatario únicamente estará obligado a obtener este medicamento del plasma riojano si en algún momento a lo largo de los dos años de ejecución del contrato ello resultara legalmente posible”. Pues bien, se resolvió este recurso ratificando que no estamos ante un contrato de suministro de medicamento sino de servicio para transformar el plasma obtenido por La Rioja en los medicamentos hemoderivados que se mencionan en el contrato. Entre dichos medicamentos figura el Alfa-1-antitripsina, medicamento que no obstante se precisa únicamente deberá elaborarse si durante la ejecución del contrato llegara a ser legalmente posible. De manera que como indicó su FD7, y aclaró el informe de necesidad “actualmente en España el único laboratorio autorizado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para la fabricación de medicamentos derivados del plasma es el Instituto Grifols SA (se adjunta certificado de la AEMPS fechado en Junio de 2017)”. Por tanto, sería indiferente segregar en un lote separado el medicamento Alfa-1-antitripsina dado que la



transformación del plasma sanguíneo en los restantes medicamentos seguiría siendo una prestación que únicamente podría prestar INSTITUTO GRIFOLS, SA. A la vista de ello debe rechazarse este segundo motivo dado que su estimación no se traducirá en un aumento de la competencia. Y es que en realidad la recurrente no parece pretender la división del contrato en lotes sino su mutación de contrato de servicios a uno de suministro “. Así también se admitió la no división del contrato de servicios postales de un Ayuntamiento, en la Resolución nº 387/2018 de 23 de abril del TACRC, justificándose en la homogeneidad de las prestaciones a realizar y por razones de operatividad en la gestión y control del contrato por parte de la Administración.

El Tribunal de Contratos de Andalucía fue claro en un supuesto en que el pliego se convirtió en un acto firme y consentido, toda vez que fue aceptado por la recurrente al presentar su oferta y respecto del que no constaba ninguna impugnación, es decir, constituyéndose en “lex inter partes”. No obstante, esta realidad para el recurrente, sí se avisó para futuras redacciones de los pliegos que sea claro que las mejoras deben ofertarse por lotes, pues “la configuración de las mejoras en los pliegos sin distinción de las mismas por lotes puede consagrar un resultado injusto y desigual, al beneficiar a aquellos licitadores que ofertan a varios lotes y están, por ello, en condiciones de proponer más elementos de mejoras que el que licita a un solo lote”. Esto, no obstante, el que el defecto no estuviera en la oferta adjudicataria ni en su valoración técnica, sino en el pliego, que por ser firme y consentido, resultó desestimado el recurso (Resolución nº 17/2018 de 26 enero de 2018). En cualquier caso tener presente “factores que pueden aconsejar la no división aunque ésta sea técnicamente posible, como, por ejemplo, la mayor facilidad en la adjudicación del contrato cuando

no hay lotes diferentes que valorar, la mejora en la eficacia y eficiencia en la ejecución y gestión del contrato si la Administración tiene un único interlocutor o el aprovechamiento de las economías de escala” (Resolución nº 41/2015, de 8 de abril de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi).

En el Informe nº40/12, de 21 de marzo de 2014, la JCCPE en los casos de división en lotes del contrato de modificación de acuerdos con efectos de fehaciencia, recordó su postura reflejada en Informes pasados (nº6/2009, nº57/2009 o nº16/2009) al acreditar que “el fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación). Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley señalado. Por todo ello no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente. La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad o no de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato”.



En parecidos términos su Informe nº 12/15, de 6 de abril de 2016, sobre cuestiones relacionadas con el fraccionamiento del objeto del contrato y división en lotes en contratos de servicios y suministro, recordó su doctrina que defiende de manera reiterada que “el objeto del contrato debe estar integrado por todas aquellas prestaciones que estén vinculadas entre sí por razón de su unidad funcional impuesta por una mejor gestión de los servicios públicos. Ello, a su vez, supone que, a sensu contrario, cuando del tratamiento unitario de todas estas prestaciones se derive un beneficio para el interés público que deba decaer ante un mayor beneficio derivado de su contratación por separado o cuando ésta sea exigencia de la necesidad de dar cumplimiento a una disposición legal, la contratación por separado de las distintas prestaciones no debe considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 74.2 de la Ley (actual artículo 86.2 del TRLCSP)” (Informe nº 16/2009) y que ya manifestara que “la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de contratación pública y que deroga la Directiva 2004/18/CE, introduce una previsión novedosa en el cálculo del valor estimado que viene al caso destacar. Así la decisión del órgano de contratación de optar entre tramitar un único expediente de contratación o varios, dejando a un lado la posibilidad de dividir en lotes el objeto contractual, si bien actualmente tiene una trascendencia práctica innegable a la hora de aplicar las normas procedimentales y de publicidad, cuando el artículo 5.2 de la nueva Directiva 2014/24/UE sea transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico dejará de tenerla. Este artículo innova respecto de la Directiva 2004/18/CE con la finalidad de eliminar el aliciente que actualmente puedan tener los órganos de contratación para dividir fraudulentamente el objeto del contrato. Concretamente la norma que recoge el citado artículo 5.2 obligará a los órganos de contratación a calcular el

valor estimado de un contrato tomando el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales que se integren en un mismo poder adjudicador. En cuanto a qué debe entenderse por “unidad funcional individual” nos remitimos al considerando 20 de la citada Directiva”.

El uso de las formas y requisitos de la contratación pública tienen que vincularse con la salvaguarda de los principios generales siguiendo las directrices comunitarias, lo que hace razonables objetivos como lograrse la competencia en su aplicación favorecida con mecanismos como su mayor publicidad, fijación de importe global máximo y el uso de medios electrónicos para no perder la rapidez en la tramitación administrativa. Directrices que tomaron forma en el “Libro verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro”, de la Comisión Europea de 27 de Noviembre de 1996, invitando a aplicar una política más abierta de la contratación pública para que los procedimientos de contratación sean más justos, transparentes y no discriminatorios, buscando reducir el riesgo de fraude y corrupción en las administraciones. Además de buscar la eficiencia en el uso más eficaz de los fondos públicos intentando lograr instrumentos flexibles y fáciles de usar que hagan transparentes y competitivas las adjudicaciones de contratos públicos. Mientras que en 2010 la Comisión Europea lanzó también el “Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE” para que las administraciones nacionales, regionales y locales apoyen la utilización de la contratación electrónica, fijando objetivos entre los que destaca una mayor transparencia, puesto que el proceso de contratación es más abierto, está mejor documentado y es objeto de una mayor divulgación y como consecuencia, mejorar el seguimiento y la eficiencia global de la contratación



pública, lo que conduce a la apertura de los mercados a una mayor competencia y al incremento del número de proveedores en competición. Recordar así al Acuerdo nº8/2016, de 22 de enero de 2016, (FD2) del TACPA para el que "la Administración no puede salvar la contradicción que pudiera existir entre las cláusulas del pliego mediante una interpretación que perjudique a quienes cumplieron con lo establecido en ellas, recordando, sobre las oscuridad de las cláusulas del pliego, las SSTs de 5 de junio de 2001, de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999" que afirmaran "que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma".

Estas iniciativas podemos unirlos a los objetivos de la Ley 19/2013, de incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública, garantizar el acceso a la información y las obligaciones de buen gobierno para los responsables públicos y su mecanismo sancionador. Que particularmente encontramos en materia contractual, en la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, haciéndose realidad con mecanismo como fijar criterios de selección o baremación de proveedores y/o productos. Actualmente siguiendo esta estela, el artículo 28 LCSP2017 reconoce "1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. 2. Las

entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”.

Ahora bien, entre los nuevos mecanismos para lograr ser realidad la aplicación del principio de transparencia merece ser destacada la novedad del apartado 4º de este artículo 28 LCSP2017. Se trata de la obligación de elaborar un “Plan anual de contratación” además de publicarlo en el perfil de contratante por cuanto “las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”. Finalidad de planificación de su actividad contractual recordó MARTINEZ FERNÁNDEZ puesta de relieve por distintos organismos: Informe del Tribunal de Cuentas nº1.039, de 26 de junio de 2014; Dictamen nº128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias; Informe de la JJCCA de Cataluña nº14/2014, de 22 de julio, para “evitar tramitaciones precipitadas por la premura de plazos que se conocen de antemano”. Por ello, apunta este autor que “la medida fue introducida en vía parlamentaria para facilitar la concurrencia de las pymes y es a la vez una medida de transparencia. Esta previsión de regulación tiene dos incongruencias: el anuncio es potestativo para los contratos que no han de publicarse en el DOUE, que son precisamente los más accesibles



para las pymes; y el artículo 134 contempla el anuncio de información previa como potestativo, y para reducir plazos de presentar ofertas. Para salvarla esas incongruencias y ser útil a su objetivo, entendemos que el «plan anual de contratación» debe, recoger una relación de contratos, con sus datos básicos: objeto, valor estimado, duración, procedimiento y fecha estimada de licitación, para que las empresas puedan conocer anticipadamente los planes de contratación, estar atentos a la convocatoria e irse planificando para hacer las ofertas. Es un plan indicativo, que no obliga a licitar todos los contratos o a hacerlo con las condiciones concretas anunciadas. El anuncio de información previa del 134, se ha de limitar a los contratos SARA, cuando se estime conveniente reducir los plazos para presentar ofertas”.

Por tanto, si conocemos los principios básicos y rectores de la contratación del sector público, admitida la división en lotes (Resolución nº 124/2013, de 27 de marzo, TACRC) cuando el objeto lo admita y así se justifique debidamente en el expediente, se abre la posibilidad de fraccionar, siempre que se acredite ser susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional (Informe nº 57/2008, de 31 de marzo de 2009, JCCA) o así lo exija la naturaleza del objeto, para servir de fundamento al recurso administrativo especial en que se pretendió que la licitación en lote único de prestaciones debían ser licitadas por separado, y que se resolvió por la Resolución nº 927/2014 de 18 de diciembre de 2014 del TACRC, para la que sería el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios-eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra, lo que debe erigirse en pauta

para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

Recordar así mismo el Informe nº69/2008, de 31 de mayo de 2009, JCCA que afirmó la existencia de fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten individualmente no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente. A título de ejemplo, la ejecución de aquellas obras de reparación de aceras en distintas calles, forma una única unidad funcional, que es la reparación de aceras del municipio, sin que el beneficio a las pymes de la localidad pueda justificar su división en distintos contratos (Informe nº 31/2012, de 7 de mayo de 2013 JCCA) mientras que no se producirá dicho fraccionamiento contractual en una campaña divulgativa, que para conseguir la mayor difusión, se contrata con diferentes medios de comunicación (Informe nº 1/2009, de 25 de septiembre de 2009 JCCA) . Resultando desestimado el recurso especial interpuesto contra el pliego por entender que “implícita la división en lotes, al introducir criterios de valoración totalmente diferenciados para el Servicio telefónico de cita previa general y para el Servicio telefónico de cita previa Renta”, entendiéndose que “nos encontramos ante una licitación de un contrato de servicios en lote único, aun cuando la AEAT define perfecta y separadamente la realización de dos servicios, obviando el nuevo contexto normativo”, pues resultando acordado la no división en lotes del contrato de servicio telefónico de cita previa de la AEAT, según doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones nº 230/2018 de 12 de marzo y nº 684/2017, nº 408/2017 y nº 814/2016) recordando el efecto directo de la Directiva 2014/24/CE,



manifestó que “la cuestión sobre la que confirmamos el cambio doctrinal está en el alcance de tal obligación de motivación, en relación con la validez de los pliegos; y, en este punto, pese a lo indicado en la Resolución nº408/2017, la posterior nº 684/2017 ha hecho una interpretación de la propia Directiva que niega trascendencia a la omisión de tal motivación en el expediente en caso de impugnación de los pliegos, y que entendemos debe ser mantenida, como conforme al propio tenor de la Directiva”, para quedar fijada su postura según la cual deberá quedar constancia en el expediente de las principales razones que inducen al órgano a no dividir el contrato en lotes, así como por las que “no sería conveniente dividir el contrato en lotes” (Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE), para su control por las autoridades de contratación, pero no, por no obligarlo la Directiva, que este informe tenga que estar incluido en el expediente en el momento de publicitarse los pliegos. No existiendo ese informe expreso, específico y singular, no se produce no obstante, la nulidad de los pliegos ni es una actuación arbitraria la decisión tomada por el órgano de contratación, toda vez que se justifica el objeto único el contrato como un servicio único e integral en la Memoria justificativa del gasto para la prestación que figura en el expediente de contratación de manera que las razones para no dividir el contrato en lotes existen y podrán hacerse explícitas a los efectos del artículo 84 de la Directiva.

Además, para concluir este apartado se reconoce actualmente en el artículo 37 LCSP2017, el carácter formal de la contratación del sector público, ofreciéndonos un sistema administrativo del recurso especial que se caracteriza, siguiendo a RAZQUÍN LIZÁRRAGA por su giro hacia la formalización ya que “los contratos se perfeccionan con su formalización” (artículo

36.1 LCSP2017) y no, como antes, con la adjudicación. Este cambio pretende ajustarse a la jurisprudencia comunitaria para conformar el plazo suspensivo entre la adjudicación y la formalización del contrato y refundir en uno los anteriores actos de adjudicación provisional y definitiva (STJCE de 3 de junio de 2008) a unir con el respeto al principio de objetividad, en el sentido de proyectar su influencia, apuntó BERNAL BLAY tanto sobre los contratos sujetos a las prescripciones de las Directivas europeas como a aquéllos que, por razón de su cuantía, no superan los umbrales económicos de relevancia europea (Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 1 de agosto de 2006). No obstante lo anterior, el TACRC añadió que "la Directiva 2014/24/UE establece un cambio de planteamiento en la regulación de la división de los contratos públicos en lotes con la finalidad, declarada en su Considerando 78, de adaptar la contratación pública a las necesidades de la PYME, animando a los poderes adjudicadores, de acuerdo con el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 25 de junio de 2008 titulado "Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos", a dividir los grandes contratos en lotes, de forma que se facilite la participación de la PYME. Ahora bien, siendo claro que el artículo 46 de la Directiva comunitaria no impone a los poderes adjudicadores la obligación de dividir los contratos en lotes, sino que les anima a hacerlo, en beneficio de las PYMES, cuando las circunstancias (que corresponde valorar al poder adjudicador) lo permitan, y a motivarlo en otro caso y ello, bien en el pliego, bien en un informe específico, al que alude el artículo 84 de la Directiva (Resoluciones nº379/2016, de 13 de mayo y nº530/2016, de 8 de julio).



VII. CONCLUSIONES.

Fueron varias las aportaciones desde distintos sectores, organismos, autores y entidades para que la nueva regulación albergara las directrices comunitarias en sede de contratación pública. Entre sus fines, la apuesta por la mayor participación de las pymes, se dispone la regla de la división del objeto del contrato en lotes, justificando la Administración, en su caso, aplicando la discrecionalidad técnica, la conveniencia de la no división.

Así en el criterio de adjudicación no vinculado al objeto, el TARCAAnd, resolvió en su Resolución nº 135/2018 de 10 de mayo, (FD5) que "al respecto, el artículo 150.1 del TRLCSP dispone que :«Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes». Tales criterios relacionados en el artículo 150.1 del TRLCSP habrán de considerarse, sin duda alguna, vinculados directamente al objeto del contrato y si bien ello no impide que también puedan utilizarse otros, la amplia lista de

criterios del artículo nos permite llegar a una primera conclusión y es que aquellos han de ir referidos necesariamente a la prestación que se contrata, bien a sus características intrínsecas, bien a su modo de ejecución”.

En este sentido además, el Informe nº9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado de 31 de marzo, sostuvo que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas, para concluir que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma, y no pudiendo afectar a cuestiones contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma. Asimismo, este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión aquí suscitada en resoluciones anteriores. Así que en la Resolución nº240/2015, de 29 de junio del TACRC, se señalara que “no debe olvidarse que lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto



al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido". La doctrina anterior es la que sostienen, igualmente la Resolución nº130/2011, de 27 de abril del TACRC, al afirmar que los criterios de adjudicación presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación, y en la Resolución nº600/2016, de 22 de julio, que "el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva, atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas". Por ello, como ya señalábamos en la reciente Resolución nº 112/2018, de 25 de abril del TACRC, a la luz de la LCSP2017 "que el criterio se hallará vinculado al objeto contractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundaría en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas, como sucede en el supuesto examinado donde la mejora afecta a la dispensación de medicamentos que es una actividad posterior y diferente al suministro de los mismos". Por lo demás, el criterio que se acaba de exponer coincide con el del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que, ante un supuesto muy similar al analizado, señaló en la Resolución nº173/2016, de 14 de septiembre "(...) el objeto del contrato se circunscribe exclusivamente al suministro de medicamentos anti-infecciosos, con lo cual, no puede

entenderse la vinculación de los tres sistemas de dispensación de medicamentos con la calidad o características de los medicamentos suministrados. Tampoco se trata de un equipamiento complementario de la prestación en el sentido de que aporte alguna ventaja a los productos que se están adquiriendo porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, condiciones de entrega, etc., o se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido. Se trata, tal como justifica el propio PPT y el informe del órgano de contratación al recurso, de un contrato de suministro que pretende la actualización del Servicio de Farmacia, pero que es susceptible de contratación independiente con un suministrador cuyo objeto social sea precisamente el coincidente con el del objeto del contrato (...). La obligación de financiar los tres sistemas automatizados de dispensación de medicamentos incluida en la cláusula 4.2. del PPT es una pretensión ajena al contrato y que supone la financiación de actividades administrativas ajenas al contrato de suministro de medicamentos anti-infecciosos, sin que se pueda sostener que el aumento de la eficiencia del sistema de gestión logística de medicamentos y la consecuente obtención de la máxima seguridad en el tratamiento del paciente sean motivos suficientes que justifiquen la vinculación de estos equipamientos con el objeto del contrato o impida su contratación independiente (...). Lo expuesto, nos lleva a concluir que la pretendida vinculación directa que defiende el órgano de contratación entre las mejoras impugnadas y el suministro de medicamentos para fluidoterapia, no existe en términos legales".

Se apunta pues hacia una discrecionalidad en la configuración del objeto, pero, no obstante, ésta encuentra límites de apreciarse que con esa decisión se restringe la competencia para que tan solo un licitador o



pocos pudieran participar en el proceso selectivo. Esta idea quedó reflejada en la resolución del recurso especial para el que “únicamente en el caso de que la agrupación en un solo contrato de varios objetos o la no división en lotes del mismo supongan una vulneración del principio de libre concurrencia, cabría apreciar la necesidad de aplicar de forma imperativa tal fraccionamiento” (Resolución nº171/2016, de 14 de septiembre del TACPCMad).

BIBLIOGRAFIA:

- Aleksandra Czajka, nº19/2018. “El nuevo régimen de división en lotes. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”. Comentario nº10, <http://www.tornosabogados.com>, 22 de marzo de 2018.
- Arnáez Arce, V. M., “La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores”, Revista Vasca de Administración Pública, nº 93, Mayo-agosto, 2012, pág.26 y Ancos Franco, H., “La Responsabilidad social empresarial y las compras públicas sostenibles”, en Observatorio de Contratación Pública ,2012.
- Batet Jiménez, M.P., “Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos”, en www.obcp.es, (<http://www.obcp.es/index.php/mod.o piniones/mem.detalle/id.204/recategoria.208/relmenu.3/chk.b7974fb7df44f87104b46ceed0094915>).
- Batet Jiménez, M.P., “La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes”, El Consultor de los Ayuntamientos, nº 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, Ref. 2862/2017, pág. 2862, Editorial Wolters Kluwer.

- Batet Jiménez, M.P., "La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes", en Martínez Fernández, J.M., (Coord.), "Hacia una contratación socialmente eficiente, (Especial: La Ley de Contratos del Sector Público)", El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), nº 23, 15 de diciembre de 2017, pág.2875.
- Batet Jiménez M. P., "La división del objeto del contrato en lotes ", Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (GABILEX), nº6, Junio, 2016, págs.11 y 13.
- Bernal Blay, M.A., " El principio de objetividad en la contratación pública", Revista Documentación Administrativa (DA), nº 289, Enero-abril, 2011, pág.132.
- Díez Sastre, S., "Ejes de la reforma y nueva sistemática de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: el régimen jurídico aplicable", Revista FMC. Federación de Municipios de Cataluña, 2017.
- Fernández Ecker, A., "La Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para la PYME ", Contratación Administrativa Práctica, nº 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- Gimeno Feliú, J.M., "La trasposición de las Directivas de contratación pública en España: Una primera valoración de sus novedades", Jornada Cámara Cuentas y Consejo Consultivo de Castilla y León. Valladolid, 23 de noviembre de 2017, págs.2 y 3.
- Gimeno Feliú, J.M., "Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos



- Públicos. La directiva de Concesiones”, www.obcp.es. 16 de abril de 2016.
- García Hernández, J., “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, *Revista Derecho Local*, 1 de septiembre de 2016.
 - López Zurita, L., “La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública”, *Documentación Administrativa (DA)*. Nueva Época–nº4, Enero-Diciembre 2017, pág.147
 - Martínez Fernández, J.M., “Fomento del acceso de PYMES a la contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 143, Mayo 2016, Editorial Wolters Kluwer.
 - Martínez Fernández, J.M., “Una primera aproximación crítica al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados, Las Rozas (Madrid)*, nº 1, 2017, pág.47. “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el 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 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)”, *Observatorio de Contratación Pública*, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem_detalle/id.282/relmenu.3/chk.7616e54145ba897955b6eb508987575a, de 6 de febrero de 2017 y “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 20, Sección

Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, pág. 2425, Editorial Wolters Kluwer.

- Martínez Fernández, J.M., "Los criterios de adjudicación y su valoración", El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Nº 23, Sección Especial / Tribuna, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, Ref. 2917/2017, pág. 2917, Editorial Wolters Kluwer.
- Martínez Fernández, J.M., "El cerco a los contratos menores", Revista de Estudios Locales. Cunal, nº 194, octubre, 2016.
- Martínez Fernández, J.M., "Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor", Revista El Consultor de los Ayuntamientos, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 18089/2017 y http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem_detalle/id.325/relmenu.3/chk.7b49f9668aa5b4e5507661d90c64ba2, 18 de diciembre de 2017.
- Martínez García, J., y Elez Gómez, A.I., "Comentario a las Nuevas Directivas europeas en materia de contratación pública (I)", Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (GABILEX), nº 4, Diciembre, 2015, pág.7.
- Moreno Molina, J.A., "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Principales novedades y aspectos problemáticos", Revistas Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 44, Junio, 2008, pág.153.
- Moreno Molina, J.A., "La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública", www.obcp.es, 23-04-2012. (http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem_detalle/id.325/relmenu.3/chk.7b49f9668aa5b4e5507661d90c64ba2)



.detalle/id.52/relcategoria.121/relmenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1).

- Observatorio de Contratación Pública: "Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el 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 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)", Proyectos de investigación concedidos por Ministerio de Economía y Competitividad, de 30 de enero de 2017.
- Pérez Delgado, M., y Rodríguez Pérez, R.P., "Discrecionalidad técnica a la hora de motivar la no división en lotes de un contrato. Órgano Administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC). Resolución 17/2018, de 30 de enero", Contratación Administrativa Práctica, Nº 155, Sección La administración opina, Mayo-Junio 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adoptara medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo de 27 de julio de 2016 y la Decisión (UE) 2017/984 del Consejo de 8 de agosto de 2016, por la que se formulaba una advertencia a España para que adoptara medidas dirigidas a una reducción del déficit público excesivo.
- Razquín Lizarraga, J.A., " El nuevo régimen de los recursos en los contratos públicos y su implantación en la Comunidad Autónoma del País Vasco", Revista

- Vasca de Administración Pública, nº 92, Enero-abril, 2012, pág.135.
- Santiago Fernández, M.J., "División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público", Contratación Administrativa Práctica, nº 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero, 2018, Editorial Wolters Kluwer, 28 de mayo de 2018.

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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS

“PUBLIC PROCUREMENT FOR RECONSTRUCTION WITH CHANGES”

Jans Erik Caveró Cárdenas⁸³

Especialista en Contrataciones del Estado - Perú

Resumen: El Perú, debido a su ubicación geográfica, es un país sísmico y afectado estacionalmente por el Fenómeno El Niño. El calentamiento del Pacífico oriental ecuatorial desencadena lluvias torrenciales en algunas regiones del país, a consecuencia del cual se tiene infraestructura pública y privada, así como viviendas familiares dañadas. En este escenario, el Estado debe garantizar intervenciones públicas adecuadas, con el propósito de que la afectación de los servicios públicos no empeore las condiciones de vida de los ciudadanos.

El régimen general de contratación pública, en no pocos casos, resulta insuficiente para responder a intervenciones eficaces, toda vez que está diseñada para regular una realidad homogénea, sin tomar en cuenta

⁸³ Diploma de Estudios Avanzados en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid; Máster en Administración y Gestión Pública en América Latina por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona; Licenciado en Derecho y Especialista en Contrataciones del Estado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.



situaciones complejas que justifican un entramado institucional *ad hoc*. Bajo esta perspectiva, el presente trabajo explora el escenario post desastre natural, haciendo énfasis en la implementación de una política de reconstrucción, cuya trayectoria ha revelado aciertos y desaciertos que han permitido introducir procesos de mejora en diversos ámbitos de gestión.

Si bien la reconstrucción comporta la interacción de diversos sistemas de la administración pública, el objeto de análisis se centrará en la contratación gubernamental, debido a su importancia para reestablecer, reponer, construir, ampliar o mejorar la infraestructura dañada. De este modo, se pondrá en evidencia un procedimiento especial de contratación pública, a partir de un nuevo modelo normativo.

Palabras claves: Contratación pública, gestión pública, reconstrucción, administración pública, compras estatales.

Abstract: Peru, due to its geographical location, is a seismic country and seasonally affected by the El Niño Phenomenon. The warming of the eastern equatorial Pacific triggers torrential rains in some regions of the country, as a result of which there is public and private infrastructure, as well as affected family dwellings. In this scenario, the State must guarantee adequate public interventions, with the purpose that the affectation of public services does not worsen the living conditions of citizens.

The general regime of public procurement, in many cases, is insufficient to respond to effective interventions, since it is designed to regulate a homogeneous reality, without taking into account complex situations that justify an *ad hoc* institutional

framework. Under this perspective, this work explores the post-natural disaster scenario, emphasizing the implementation of a reconstruction policy, whose trajectory has revealed successes and failures that have allowed the introduction of improvement processes in various management areas.

While the reconstruction involves the interaction of various systems of public administration, the object of analysis will focus on government contracting, due to its importance to reestablish, replace, build, expand or improve the damaged infrastructure. In this way, a special public procurement procedure will be evidenced, based on a new regulatory model.

Key words: Public procurement, public management, reconstruction, public administration, public purchases.

Sumario: Introducción.-. I. La necesidad de pensar diferente.-. II. Del mecanismo de contratación estatal para la reconstrucción: Sin cambios.-.III. La reconstrucción como oportunidad para pensar diferente: Reconstrucción con cambios.-. IV. El Procedimiento de Contratación Pública Especial para la reconstrucción.-. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN.

El Perú es un país ubicado en el Cinturón de Fuego del Pacífico, siendo afectado por el Fenómeno El Niño - relacionado con el calentamiento del Pacífico oriental ecuatorial- el mismo que desencadena lluvias torrenciales en algunas regiones del país. Por lo tanto, la posibilidad de ocurrencia de sismos, inundaciones, huaycos y otros desastres naturales, resulta



potencialmente alta, siendo nefasta la experiencia última acontecida en el verano de 2017.

En este escenario desfavorable, el país no puede permanecer paralizado. El Estado debe garantizar intervenciones públicas adecuadas, con el propósito de que la afectación o interrupción de los servicios públicos no empeore las condiciones de vida de los ciudadanos. Para ello, se hace necesario implementar una gestión del abastecimiento que responda a situaciones imprevisibles y que garantice intervenciones oportunas.

El régimen general de contratación pública, en no pocos casos, resulta insuficiente para responder a intervenciones eficaces, toda vez que está diseñada para regular una realidad homogénea, sin tomar en cuenta situaciones complejas que justifican un entramado institucional *ad hoc*.

Bajo esta perspectiva, el presente trabajo hace énfasis en la implementación de una política de reconstrucción, analizada desde el ámbito de la contratación gubernamental, debido a su importancia para reestablecer, reponer, construir, ampliar o mejorar la infraestructura dañada. De este modo, el trabajo se estructura en cuatro apartados claramente diferenciados.

El primer apartado, de carácter crítico, expresa el mensaje de que todo cambio significativo en las administraciones públicas requiere pensar diferente, pues de otro modo o se preserva el statu quo, o se proponen cambios que no responden adecuadamente a la problemática identificada. El segundo apartado describe la implementación de una política de reconstrucción, uno de cuyos soportes ha sido la

utilización del régimen general de contratación pública, dentro del marco legal entonces vigente, Ley N° 30556.

El tercer apartado, por el contrario, da cuenta de un viraje en la política de reconstrucción, siendo indispensable la introducción de modificaciones normativas al marco legal, en diversos ámbitos de gestión, además de la aprobación de un régimen especial de contratación que posibilite compras públicas de modo eficiente y eficaz. Finalmente, el cuarto apartado detalla los rasgos característicos del nuevo modelo de contratación, haciendo hincapié en la creación de una fase nueva en la contratación pública.

Sin duda, el marco regulatorio de la contratación especial resulta clave, lo que no significa soslayar la importancia de otros sistemas vinculados a las finanzas, control, tecnología, organización, entre otros. En todo caso, la hipótesis de este trabajo es que el régimen general de contratación, en contextos de desastres naturales, no garantiza la adquisición oportuna y eficaz de bienes, servicios, consultorías y obras.

Debo advertir que al momento de preparar esta colaboración estaba en vigencia la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificado por el Decreto Legislativo N° 1341. A partir del 30 de enero del 2019 ha entrado en vigencia un "nuevo" marco legal, en virtud al Decreto Supremo N° 344-2018-EF, que introduce algunos cambios en el régimen general de contratación.

I. LA NECESIDAD DE PENSAR DIFERENTE.

En las administraciones públicas no es fácil pensar diferente. El común denominador de los servidores y funcionarios públicos es que usualmente gestionan los



bienes y servicios de una forma preestablecida, bajo parámetros preconcebidos, con tabúes, prejuicios, y cierto temor por la innovación. El resultado aflora por sí solo: Carencia de motivación para romper paradigmas.

Esta tendencia no es casual, pues la cultura organizativa es el ambiente que se respira en una organización, los rituales y costumbres, las leyendas, los símbolos, es decir, se edifica mediante la articulación de mitos, valores e ideología (Ramió 2013:45). Bajo esta perspectiva, las administraciones públicas tienen subsistemas que moldean, de forma diferente, el comportamiento y la actitud del personal a su servicio.

Pero la falta de incentivos para pensar diferente no solo se circunscribe a un elemento endógeno a la administración pública, sino también a factores exógenos que no se pueden soslayar. Desde una visión conservadora del ente rector de las contrataciones estatales, pasando por la presencia de un grupo corporativista que reivindica la verdad del conocimiento en este campo; involucramiento poco significativo del sector privado pequeño y mediano (PYMES), por sí o a través de sus representantes gremiales; carencia de adecuados programas de fortalecimiento a este nivel; avance imparable de la corrupción, entre otros factores, coadyuvan para la preservación del statu quo.

En el Perú, la contratación pública no ha sido la excepción, pues sobre ella no se ha pensado diferente. Si bien la investigación empírica sobre los sistemas de compras públicas en Latinoamérica es limitada (Rozenwurcel y Bezchinsky, 2012), las experiencias que más han avanzado son México, Chile, Brasil, cada modelo con sus propias particularidades, sin que ello signifique desconocer los esfuerzos de los países centroamericanos en la implementación de compras

públicas socialmente responsables (CEGESTI, 2012). De este modo, la facilitación del acceso de las PYMES a los mercados de compras estatales, la utilización intensiva de las TIC para optimizar la gestión del abastecimiento, la erradicación de la corrupción, son todavía retos pendientes en la región.

Los cambios experimentados en el modelo peruano fueron modestos, en algunos casos, e inocuos en otros. Las enmiendas a las leyes de contrataciones y sus reglamentos no fueron resultado de estudios empíricos o investigaciones científicas, ni surgieron a partir de *benchmarking* realizadas previa evaluación de contexto. Por el contrario, coyunturas políticas, voluntades individuales, así como la influencia de modelos desarrollados por organismos privados (contratos FIDIC), fueron el impulso para implementar modificaciones normativas.

De esta manera, sin pensar diferente, se han aprobado marcos regulatorios de contratación estatal impuestos por isomorfismo mimético o isomorfismo institucional, obviando un análisis adecuado del contexto socio político. Me atrevo a pensar que tal imposición se debe a una moda, aunque no descarto, pese a su complejidad para escenarios fuera de la Unión Europea, la idea de la consolidación de un Derecho Administrativo Global, tal cual sostiene Antonio Moreno (2010) cuando se refiere a una tendencia hacia la formación de un derecho global de la contratación pública.

Es más, en el Perú se han aprobado modificaciones normativas considerando un enfoque netamente jurídico, dejando de lado aspectos de carácter logístico o de gestión del abastecimiento. El resultado ha sido más que evidente: Disposiciones normativas sin aplicación operativa, o métodos de contratación que no tienen



mayor relevancia práctica.

Precisamente la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, introduce figuras como la Subasta Inversa Electrónica Corporativa y la Selección de Consultores Individuales. Sin embargo, se trata de procedimientos que no han tenido mayor impacto para el sistema de compras públicas. De acuerdo con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, a noviembre 2018, se han convocado 8 Subastas Inversas Electrónicas Corporativas y 217 procesos de Selección de Consultores Individuales, con una inversión ascendente a 872 millones de soles (OSCE:2018).

Similar conclusión cabe plantear sobre la Junta de Resolución de Disputas (Dispute Boards), mecanismo de solución de controversias para ejecución de obras mayores a S/. 5 millones de soles, cuya utilización no ha sido recurrente en los proyectos emblemáticos del país. Si bien pueden ensayarse diversas causas que sustentan la raíz del problema, razón no le falta a Hernández (2014) cuando precisa que los *Dispute Boards*, pese a ser una realidad, no son aún conocidos por la generalidad, tal y como es el caso del arbitraje.

De este modo, considero que en el Perú existen escenarios diversos que justificarían la adopción de regímenes especiales de contratación: En el ámbito de la salud, la adquisición de medicamentos y equipos biomédicos; la recuperación de infraestructura y servicios públicos afectados como consecuencia de desastres naturales; la compra de productos alimentarios en el marco de programas sociales de lucha contra la pobreza; el mejoramiento y equipamiento de infraestructura educativa; entre otros escenarios.

A la luz de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que el régimen general de la contratación pública está pensado, en cuanto a sus formalidades, plazos, procedimientos, entre otros aspectos, para situaciones regulares y normales. En virtud a su naturaleza, no responden a contextos de emergencias naturales que, debido a su esencia, no se pueden prevenir ni planificar. Cuando hay desastres naturales, los servicios públicos se interrumpen o paralizan, siendo indispensable recuperar la infraestructura a través de intervenciones oportunas y céleres.

A modo de ilustración se tiene que una licitación pública para ejecución de obra, en el régimen general, puede demorar entre dos y tres meses, siempre que no existan recursos impugnativos. Empero, si hay recurso de apelación interpuesto, la resolución por el Tribunal de Contrataciones puede suponer unos dos meses adicionales. Cuatro meses aproximadamente, un tercio de año, no puede estar paralizada la prestación de servicios básicos, menos aún el servicio de salud pública que tiene impacto en la vida e integridad de las personas.

II. DEL MECANISMO DE CONTRATACIÓN ESTATAL PARA LA RECONSTRUCCIÓN: SIN CAMBIOS.

Con posterioridad al terremoto del 15 de agosto del año 2007, ningún desastre natural generó más daño y afectación a la infraestructura pública y privada del país que el Fenómeno El Niño Costero, ocurrido en el verano del 2017. Según el Plan Integral de Reconstrucción con Cambios (2017:11), la ejecución de las intervenciones para rehabilitar la infraestructura dañada, incluyendo obras y actividades de prevención de inundaciones fluviales, pluviales y de movimientos de masas, así como



la implementación de acciones de fortalecimiento de capacidades institucionales, supone una inversión de S/. 25,655 millones de soles. De este total, el 77% se orienta a obras de reconstrucción, el 21% a obras de prevención y el 2% a mejorar las capacidades de las entidades ejecutoras.

Gráfico 1: Inversión de los componentes del Plan Integral

Región	Inversión		
	Reconstrucción	Prevención	Total
Piura	5,696,356,372	1,844,551,747	7,540,908,119
La Libertad	3,643,311,002	642,200,349	4,285,511,351
Áncash	3,320,558,893	195,439,631	3,515,998,524
Lambayeque	2,081,901,720	1,032,639,846	3,114,541,565
Lima	1,848,038,707	332,154,617	2,180,193,324
Tumbes	370,754,450	413,250,998	784,005,447
Arequipa	814,359,248	-	814,359,248
Ica	470,784,317	257,957,346	728,741,663
Cajamarca	673,741,505	53,742,871	727,484,376
Huancavelica	440,739,361	50,000,000	490,739,361
Ayacucho	323,860,587	50,832,651	374,693,238
Junín	47,670,607	-	47,670,607
Loreto	27,135,328	-	27,135,328
Varios	-	573,508,632	573,508,632
Fortalecimiento de capacidades institucionales y productivas	450,000,000	-	450,000,000
Total	19,759,212,097*	5,446,278,687*	25,655,490,783

Fuente: Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (2017).

Naturalmente, la política pública de la reconstrucción priorizó la intervención en las regiones más afectadas y en los sectores de educación, salud, vivienda y saneamiento, agricultura, transportes y comunicaciones, en función al cual se diseñó la arquitectura institucional para financiar las compras públicas vinculadas al plan integral. En este contexto, se expide la Ley N° 30556, que crea la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios como entidad ejecutora adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, encargada de implementar el Plan Integral de la Reconstrucción (PIRCC)⁸⁴.

⁸⁴ El plan fue aprobado el 12 de setiembre de 2017 a través del Decreto Supremo N° 091-2017-PCM.

Este plan contiene el conjunto de intervenciones que deben implementar las entidades ejecutoras que reportaron daños a consecuencia del Fenómeno El Niño. Dado su carácter dinámico, el plan ha experimentado modificaciones respecto a los montos de financiamiento, cambio de entidad ejecutora, modalidad de ejecución, inclusión de nuevas intervenciones o exclusión de otras.

La Ley N° 30556, en su afán por lograr actuaciones eficientes y oportunas, contiene disposiciones referidas a sistemas administrativos diversos: Inversión, contrataciones, organización, presupuesto, control, etc. Sin embargo, para la operatividad del sistema de contrataciones no se aprobó ninguna norma ad hoc tendiente a optimizar la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. En su lugar, privilegiando sólo el factor temporal del procedimiento selectivo, la norma autorizó a las entidades ejecutoras el uso de la Adjudicación Simplificada, independientemente del valor referencial previsto en la convocatoria.⁸⁵

En efecto, el sistema de compras pública del Perú comprende, *grosso modo*, tres métodos de contratación⁸⁶: Licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada. La decisión de una entidad

⁸⁵ Siguiendo este criterio, el Decreto Legislativo N° 1355 autorizó al Seguro Social de Salud – ESSALUD a utilizar el procedimiento de adjudicación simplificada, sin tope presupuestal, para la consultoría y ejecución de obras de infraestructura calificadas de alto riesgo hospitalario. La lista de hospitales priorizados comprende 14 establecimientos.

⁸⁶ Los demás métodos de contratación son: Selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contrataciones directas, y, más allá de la terminología, los catálogos electrónicos de acuerdo marco.



para utilizar una u otra figura obedece al objeto de contratación y al monto de la misma, cuyos topes están previstos en las leyes anuales de presupuesto. Así, para la adquisición de un bien cuyo costo es mayor a S/ 400 mil soles, debe convocarse una licitación; en caso de servicios y consultorías con montos mayores a los 400 mil soles, se convoca un concurso; en obras, para montos mayores a S/ 1 millón 800 mil se convoca la licitación. Para los tres objetos de contratación, si el monto es menor a los mencionados se convoca una adjudicación simplificada.

Convocar una adjudicación simplificada, a diferencia de una licitación o concurso público, tiene las siguientes ventajas: Los plazos del procedimiento son más abreviados⁸⁷; no hay elevación al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado de los cuestionamientos al Pliego Absolutorio de consultas y observaciones; el plazo para el consentimiento de la buena pro, ante la presencia de dos o más ofertas, es de 5 días hábiles en lugar de 8; se subsumen en una sola etapa la evaluación y calificación de ofertas; para ofertas con el mismo puntaje total se incorporan más criterios de desempate, privilegiando a las microempresas y pequeñas empresas.

En cuanto a la garantía de fiel cumplimiento para la suscripción del contrato, en una adjudicación simplificada para ejecución de obra cabe la posibilidad de retener a las microempresas y pequeñas empresas el 10% del pago que le corresponde, en lugar de exigírsele la presentación de una carta fianza equivalente al 10% del contrato original, siempre que el plazo de ejecución

⁸⁷ Así, mientras una licitación o concurso demanda un promedio de 47 días hábiles, entre la convocatoria y la presentación de ofertas, en una adjudicación simplificada este plazo se reduce a un promedio de 17 días hábiles.

sea igual o superior a 60 días y que el pago al contratista considere al menos dos valorizaciones periódicas.

El gráfico siguiente evidencia que, desde abril del año 2017 hasta julio del año 2018, las entidades ejecutoras del Plan Integral de Reconstrucción con Cambios han convocado 255 adjudicaciones simplificadas, involucrando una inversión de S/. 1,578 millones de soles. Servicios y obras fueron los objetos contractuales más convocados durante el periodo 2017 – 2018, teniendo como marco legal autoritativo la referida Ley 30556.

Gráfico 2: Adjudicaciones Simplificadas por objeto contractual.

Objeto	Año		Nº de Procesos	Inversión (En Mill. de S/.)
	2017	2018		
Obras	40	13	53	885.10
Consultorías	10	32	42	23.50
Bienes	0	6	6	5.90
Servicios	74	80	154	663.60
TOTAL	124	131	255	1,578.10

Elaboración propia. Fuente: OSCE

A nivel de gobierno, según el gráfico 3, el gobierno nacional ha convocado el mayor número de adjudicaciones selectivas, por un monto de 868 millones de soles, seguido por los trece gobiernos regionales con 85 procedimientos convocados y un monto de inversión de 628 millones. Finalmente, los municipios realizaron 80 adjudicaciones selectivas, por un monto de 81 millones.



Gráfico 3: Adjudicaciones Simplificadas por nivel de gobierno.

Gobierno	Año		Nº de Procesos	Inversión (En Mill. de S/.)
	2017	2018		
G. Nacional	70	20	90	868.20
G. Regionales	29	56	85	628.40
G. Locales	25	55	80	81.60
Total	124	131	255	1,578.20

Elaboración propia. Fuente: OSCE.

III. LA RECONSTRUCCIÓN COMO OPORTUNIDAD PARA PENSAR DIFERENTE: RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS.

Después de la renuncia del Presidente de la República en marzo del 2018, el Poder Ejecutivo solicitó autorización al Congreso para legislar en materia de reconstrucción y cierre de brechas en infraestructura y servicios. En este contexto, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1354, norma que introduce modificaciones al marco jurídico de la reconstrucción, Ley N° 30556, con el propósito de superar las limitaciones detectadas. Desde el enfoque de reformas sugeridas por Benavides (2010), en este caso concreto se optó por una reforma basada en liderazgo político.

Los cambios propuestos son variados y comprenden materias disímiles, siendo los más significativos aquellos referidos a inversión pública y a la gestión del abastecimiento. Sin embargo, la redefinición de los componentes del Plan Integral de la Reconstrucción, el procedimiento para el financiamiento de las intervenciones, la transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, los mecanismos de ejecución a

través de obras por impuesto, convenio de Estado a Estado, el otorgamiento de competencias y facilidades administrativas en temas de habilitaciones urbanas, saneamiento físico legal, drenaje pluvial, son aspectos que no pueden soslayarse.

En el ámbito de la inversión pública, se introduce la figura de las Intervenciones de Reconstrucción a través de Inversiones (IRI). Estas intervenciones, al considerar las características y niveles de servicio de la infraestructura preexistente, no constituyen proyectos de inversión, no les resulta aplicable la fase de Programación Multianual, ni requieren declaración de viabilidad en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. Con esta previsión legal, las obras de reconstrucción inician con la elaboración del expediente técnico, sin requerir previamente la elaboración de perfiles o estudios de pre inversión.

En el sistema de compras públicas hubo la necesidad de trascender las adjudicaciones simplificadas autorizadas y dar un salto cualitativo. Para ello, se dispuso aprobar un marco normativo *ad hoc* para la contratación de bienes, servicios, consultorías y obras, lo que se tradujo en la elaboración de un Reglamento especial, cuyo diseño supuso un análisis del régimen general de contratación, el cual, a groso modo, arrojó el siguiente diagnóstico⁸⁸:

- Uniformismo legal: El régimen general de la contratación pública, pensado para situaciones

⁸⁸ El equipo de profesionales dispuso de 30 días calendarios para preparar y tramitar la aprobación del Reglamento de Contratación Pública Especial. Este equipo estuvo integrado por: Joel Faver, Renato Delgado, Ada Basulto, Víctor Sánchez, Jans Cavero.



regulares y normales en cuanto a sus formalidades, plazos, procedimientos, entre otros aspectos, no responde adecuadamente a contextos de emergencias naturales, las cuales, dada su condición, no se pueden prevenir ni planificar. Cuando hay desastres naturales, los servicios de salud, transporte, vivienda, educación, se interrumpen o paralizan repentinamente, siendo necesario respuestas diferentes que mitiguen los daños causados.

- Plazos poco razonables en el procedimiento selectivo: Una licitación pública y concurso público, en el régimen general, dura 47 días hábiles en promedio, siempre que el comité, facultado a modificar el cronograma o calendario establecido en la convocatoria, no disponga la postergación de etapas o actos del procedimiento. Las adjudicaciones simplificadas duran 17 días hábiles aproximadamente (OSCE, 2018).
- Plazos excesivos para resolver controversias durante el procedimiento selectivo: Cuando una empresa, postor o proveedor, interpone un recurso de apelación, se suspenden los trámites exigidos por la Ley de Contrataciones para la suscripción del contrato, lo que afecta el inicio de las prestaciones contractuales. Si bien la norma general prevé que la apelación se resuelve en un plazo no mayor de 10 días hábiles, lo cierto es que este plazo se ve desbordado cuando el recurso es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones.
- Distorsión de la calificación y/o evaluación de ofertas: Este punto es de capital importancia, porque la esencia del procedimiento selectivo ya

no es determinar el mejor puntaje técnico y económico para seleccionar al mejor postor, sino que se ha convertido en una etapa de deliberación e interpretación de las características técnicas del objeto contractual, incluido personal clave y equipamiento. De esta manera, el core bussines del comité selectivo ya no es la selección de la mejor oferta, sino un ágora en la que a través de consultas y observaciones se revisan, ajustan o perfeccionan el requerimiento, pese a que éste debió haber sido definido por el área usuaria de la entidad.

- Formalidades de la documentación requerida: Las bases administrativas en el modelo peruano exigen formalidades innecesarias en la documentación que un proveedor debe presentar. Este exceso de solemnidad genera dos contingencias: i) Burocratiza el procedimiento selectivo; y, ii) posibilita que un comité de selección, ante el incumplimiento de una formalidad prescrita, descalifique propuestas que podrían ser competitivas.
- Fragmentación de las etapas del procedimiento selectivo: De acuerdo con la Ley de Contratación Estatal, las etapas del procedimiento selectivo son: Convocatoria, registro, formulación de consultas y observaciones, absolución de consultas y observaciones, integración de bases, presentación de ofertas, evaluación de ofertas, calificación de ofertas, otorgamiento de la buena pro. En medio de esta fragmentación, las etapas más absorbentes son la formulación de consultas y observaciones, así como la absolución de las mismas.



- **Transparencia y acceso a la información pública:** Si bien la contratación pública se realiza a través del Sistema Electrónico de Adquisición y Contratación Estatal –SEACE-, ello no necesariamente supone un alto grado de transparencia, pues el sistema difunde y publica algunos documentos del procedimiento. Esta publicación limitada se debe a la política institucional del Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE-, falta de capacidad de la plataforma electrónica y falta de voluntad política para invertir recursos en potenciar el sistema electrónico. En este contexto, la plataforma difunde lo que el órgano supervisor cree útil y necesario para cumplir sus funciones, dejando de lado información que puede necesitar la ciudadanía para ejercer su derecho a participar en los asuntos públicos, exigir rendición de cuentas y controlar el destino y uso de los recursos del Estado.
- **Preservación de mecanismos tradicionales de contratación:** En la contratación pública es usual convocar procedimientos con una sola prestación contractual, salvo que se realicen contrataciones por paquete o ítems. Si a ello se suma el hecho de que la ejecución de un proyecto de inversión requiere cumplir el Sistema de Inversión Pública, es necesario llevar a cabo dos procedimientos de selección: El primero, destinado a seleccionar la empresa consultora encargada de elaborar el expediente técnico; el segundo, para seleccionar a la empresa ejecutora de la obra, en función a los criterios técnicos y parámetros de ingeniería estipulados en el expediente técnico.

Teniendo en cuenta el diagnóstico expuesto, se diseñó el Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios (en adelante el Reglamento), siendo aprobado el 05 de julio de 2018 a través del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPECIAL PARA LA RECONSTRUCCIÓN.

El Reglamento, en términos generales, introduce una innovación al sistema de compras públicas para la reconstrucción; realiza una modificación incremental en el procedimiento de selección; y, plantea algunos cambios en la fase de ejecución contractual. Al constituirse en el marco legal de la contratación pública especial, comprende las siguientes fases:

- Expresión de Interés.
- Actos preparatorios.
- Procedimiento de selección.
- Ejecución contractual.

Es necesario puntualizar que el desarrollo del presente apartado prioriza la fase de expresión de interés, debido a su carácter innovador en la contratación pública. Por el contrario, las otras fases serán desarrolladas con menos profusión, haciendo hincapié en las modificaciones normativas que las diferencian del régimen general de contratación. Los cambios en la fase de ejecución contractual, al ser menores, no serán abordados en esta oportunidad.



4.1. La Expresión de Interés.

Lo más significativo en la gestión del abastecimiento para la reconstrucción ha sido la creación de una fase nueva en la contratación pública, denominada "Expresión de Interés", figura que incluso ha sido recogida por el régimen general, en su nuevo marco normativo, si bien con carácter opcional dejado a la determinación de cada entidad.

Esta fase en la contratación pública, aun cuando su denominación pueda generar confusión, no tiene que ver con la Expresión de Interés que realizan los organismos internacionales o los Estados. Es decir, no estamos ante una precalificación de licitantes, publicadas como un Anuncio Específico de Adquisiciones que posteriormente permite conformar una lista corta; menos aún se trata de un instrumento de comunicación y marketing que sirve como presentación de la empresa manifestando su intención de participar en la ejecución de un proyecto (ICEX 2015:16).

Por el contrario, se trata de una fase en la que la entidad publica su necesidad de contratación en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado –SEACE-, con la finalidad de optimizar su posterior requerimiento. La expresión de interés contiene las características técnicas con la descripción objetiva y precisa de los requisitos funcionales del objeto a contratarse, así como las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación. Estas características técnicas dependen del objeto de contratación: En bienes, serán las especificaciones técnicas; en servicios y consultorías,

los términos de referencia; y en obras, el expediente técnico o documento equivalente.⁸⁹

La fase de expresión de interés persigue los siguientes objetivos:

- Presentar públicamente una parte del requerimiento, acaso la más importante, tomando en cuenta que éste será definido en la fase de actos preparatorios.
- Difundir las necesidades de la entidad para la determinación de las características técnicas vinculadas a las intervenciones de la reconstrucción.
- Dar cuenta preliminarmente de la existencia de pluralidad de postores en el mercado de bienes, servicios en general y de consultoría, obras.
- Absolver consultas técnicas de proveedores interesados en contratar con el Estado. Con esta medida la Entidad procura tener un requerimiento definido en cuanto a sus componentes técnicos. Con un requerimiento claro y preciso, se reducen notablemente las consultas de los participantes durante el procedimiento y la posibilidad de controversias.
- Aligerar los plazos, reducir la carga de actividades del comité, disminuir formalidades propias de la

⁸⁹ Para mayor ilustración revítese el Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, publicado el 06 de julio del 2018.



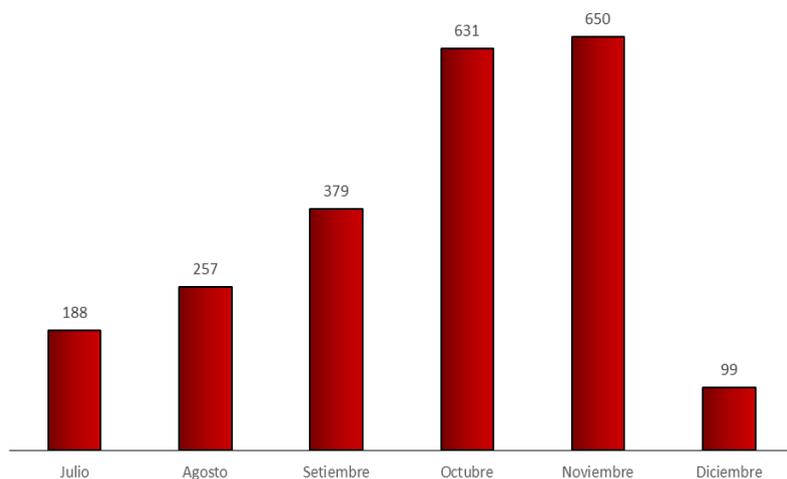
“Absolución de Consulta y Observaciones”, reduciéndola a consultas de carácter administrativo.

- Promover mayor transparencia y control en la gestión de las compras públicas, en la medida en que fomenta un *face to face* entre la entidad y los posteriores postores.

Precisamente, una razón fundamental para introducir esta fase fue devolverle a la fase del procedimiento selectivo su adecuada finalidad: Seleccionar al mejor postor bajo las mejores condiciones de precio y calidad. Y es que, con el transcurso del tiempo, la finalidad de la selección se había reducido a un intercambio sin fin de consultas centradas en las características técnicas de la necesidad de contratación, hecho que no sólo distorsionaba la propia calificación y evaluación, sino que fomentaba la postergación de las etapas del procedimiento de selección.

Según la Gerencia de Análisis y Seguimiento de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (2019), en el mes de julio, mes de aprobación y vigencia del Reglamento, se realizaron 188 expresiones de interés; en agosto, 257; en setiembre, 379. En los meses de octubre y noviembre se desarrollaron 631 y 650 expresiones respectivamente. Sin embargo, en diciembre solo se publicaron 99 expresiones de interés, toda vez que se trata del mes de cierre del ejercicio fiscal y en el que no resulta razonable iniciar procesos de contratación pública.

Gráfico 4: Número de Expresiones de Interés (julio–diciembre 2018).



Fuente: Gerencia de Análisis y Seguimiento de la RCC (2019).

A partir de los datos aportados por la Gerencia de Análisis y Seguimiento se concluye que en total se han realizado 2,204 expresiones de interés desde la vigencia del Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial. De este total, las municipalidades publicaron en el sistema de contrataciones 1,689 expresiones de interés; los gobiernos regionales, 121; y el gobierno nacional, 394. De esta manera, el tercer nivel de gobierno fue el que desarrolló la mayor cantidad de expresiones de interés, según el gráfico siguiente:



Gráfico 5: Expresión de Interés por nivel de gobierno.

Nivel de Gobierno	Nº de Expresiones de Interés	Promedio de N° de Consultas por Expresión de Interés
Gobierno Nacional	394	17
Concluido	363	18
En proceso	31	2
Gobierno Regional	121	16
Concluido	97	16
En proceso	24	-
Gobierno Local	1,689	4
Concluido	1471	4
En proceso	218	10
Total General	2,204	10

Fuente: Gerencia de Análisis y Seguimiento de la RCC (2019).

No menos importante constituyen los datos de esta fase por objeto de contratación. El siguiente gráfico resulta ilustrativo:

Gráfico 6: Expresión de Interés por objeto de contratación.

Objeto	Nº Expresiones de Interés	Nº de Expresiones de Interés con Consultas	Promedio de N° de Consultas por Expresión de Interés
Elaboración y ejecución			
Ejecución de obra	1,320	212	5
Concurso oferta	106	54	13
Ejecución de actividad	75	38	4
Elaboración de expediente técnico	36	19	6
Elaboración de Planes	18	18	88
Adquisición de bienes	15	5	40
Elaboración de estudios básicos	9	9	11
Otros 1/	18	3	8
Supervisiones			
Supervisión de obra	487	98	5
Supervisión de concurso oferta	70	20	18
Supervisión de expediente técnico	18	10	3
Supervisión de Planes	17	17	33
Supervisión de actividad	10	9	7
Otros 2/	5	3	2
Total General	2.204	515	10

Fuente: Gerencia de Análisis y Seguimiento de la RCC (2019).

Cabe insistir que la expresión de interés constituye la fase previa a la formulación del requerimiento a cargo del área usuaria. Por esta razón, podría decirse que esta fase es el insumo más importante del requerimiento, desde el punto de vista técnico, al derivar en un expediente técnico, términos de referencia, especificaciones técnicas, mucho más finos que los publicados inicialmente. En resumen, con esta fase, la entidad ha definido mejor su necesidad de contratación, teniendo expedito el camino para formular el requerimiento que sustente la aprobación del expediente de contratación.

Al ser una fase previa, el Reglamento de la Contratación Pública Especial dispone que para su realización no se requiere que las necesidades de contratación se encuentren incluidas en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), ni que cuenten con asignación presupuestal, dos requisitos claves que se concretan en la fase de actos preparatorios y sin los cuales no procede, por mandato legal, convocar un procedimiento de selección.

En esta etapa cobran protagonismo dos actores relevantes: El Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) y el área usuaria de la Entidad, ambos responsables de adoptar las acciones necesarias para optimizar la gestión de la expresión de interés. Si bien la difusión se realiza por el SEACE, sistema oficial y al que tienen acceso los proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores - RNP, ello no es óbice para que las entidades publiciten, previamente, sus necesidades de contratación utilizando diversos medios de información. En todo caso, la fase de expresión de interés comprende las tres etapas siguientes:



a) Publicación de la expresión de interés.

Una vez que el área usuaria ha determinado sus especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, y la unidad orgánica competente los ha aprobado u otorgado la conformidad correspondiente, la entidad pública la expresión de interés en el SEACE con la finalidad de que los proveedores interesados, cumpliendo con ciertos requisitos, formulen y remitan virtualmente sus consultas técnicas. Como acertadamente expresa Gimeno (2004), la utilización de medios electrónicos en relación con la publicidad y la transparencia de los procedimientos de adjudicación es un objetivo de gran trascendencia.

Para realizar consultas técnicas, las empresas deben estar inscritas en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), salvo las empresas extranjeras no domiciliadas en el país que no estén inscritas en el RNP, quienes podrán realizar sus consultas técnicas previa solicitud de un código de acceso al sistema. Sin embargo, si el proveedor extranjero resulta ganador de la buena pro, la inscripción en el RNP debe presentarla para la suscripción del contrato, caso contrario pierde la adjudicación.

b) Formulación de consultas técnicas y absolución virtual.

Los parámetros más relevantes de esta segunda etapa se resumen en: i) Los proveedores sólo pueden realizar consultas de carácter técnico, referidas a los términos de referencia (servicios), especificaciones técnicas (bienes), expediente técnico (obras); ii) Sólo serán admitidas las consultas técnicas de proveedores cuyo giro de negocio estén vinculadas al objeto del contrato; iii) No hay

prórroga de plazo para la formulación de consultas; iv) La fase de expresión de interés es inimpugnabile, es decir no cabe interponer contra ella recursos impugnativos para cuestionarla.

Registrada la expresión de interés, los proveedores cuentan con cuatro días hábiles para formular las consultas técnicas que crean conveniente. Esta formulación se realiza utilizando la plataforma electrónica, el cual requerirá que el proveedor cumplimente los siguientes campos: i) Declaración jurada de no encontrarse impedido para contratar con el Estado; ii) Compromiso de cotizar, siendo indispensable señalar correo electrónico para su comunicación; y, (iii) Designación de hasta dos representantes para concurrir a la absolución presencial de las consultas técnicas.

Transcurrido el plazo improrrogable de los cuatros días hábiles, el sistema inicia el cómputo de los siguientes tres días hábiles que tiene la Entidad para que, a través de su área usuaria, absuelva virtualmente y de carácter preliminar las consultas técnicas planteadas. De este modo, se publica en el SEACE el pliego absolutorio preliminar y un cronograma de reuniones con los proveedores para la absolución presencial. En esta etapa, la absolución se realiza mediante pliego motivado, indicando expresamente si se acepta la consulta, se acepta parcialmente, o no se acepta la misma.

Asimismo, resulta indispensable que los proveedores formulen sus consultas de manera motivada, concreta y sin ambigüedades, pues de ello depende el sentido de la absolución. A diferencia de la etapa anterior, este plazo de tres días hábiles es un plazo máximo, de forma tal que si la entidad cumple la etapa en dos días, el sistema permite la publicación del pliego y del cronograma de reuniones.



c) Absolución presencial de consultas técnicas y observaciones.

La tercera y última etapa de la fase de expresión de interés es la absolución presencial de consultas, la misma que se desarrolla por temas según el cronograma de reuniones, y cuyo plazo de realización es también de hasta tres días hábiles. A diferencia de las etapas anteriores, el rasgo principal de la absolución presencial es su desarrollo mediante acto público, es decir con presencia de notario público o juez de paz. Esta etapa tiene dos objetivos concretos: i) Ampliación y absolución de la consulta técnica presentada; ii) Validación del Pliego de Absolución de Consultas Preliminar.

En todo caso, el eje central de las reuniones programadas es la optimización de la absolución preliminar virtual, mediante una ampliación de los sustentos técnicos, dando oportunidad a los proveedores que amplíen las consultas técnicas formuladas inicialmente. Concluido el acto público, el área usuaria y el Órgano Encargado de las Contrataciones suscriben el Acta de Absolución Presencial, siendo facultativa la suscripción para los proveedores asistentes.

Cabe precisar que la absolución presencial tiene carácter vinculante y no puede ser cuestionada en ninguna vía. Sin embargo, la entidad no puede actuar arbitraria o ilegalmente, toda vez que su área usuaria está obligada a elaborar un informe respecto de la absolución, haciendo hincapié en los fundamentos que ha utilizado para absolver de una manera u otra. Este informe se pone en conocimiento del Órgano de Control Institucional; asimismo, el carácter inimpugnable de la expresión de interés no la exime de la supervisión a cargo del Organismo Supervisor de las Contrataciones.

Gráfico 7: Línea del tiempo de la Expresión de Interés.



Fuente: Reglamento de la Contratación Pública Especial.

4.2. Fase de Actos Preparatorios.

En la gestión de compras públicas del Perú, la fase de actos preparatorios, a grosso modo, comprende la realización de los siguientes actos: i) Definición del requerimiento; ii) Estudio de mercado; iii) Certificación o previsión presupuestal; iv) Aprobación del expediente de contratación; v) Designación del órgano a cargo de la selección; vi) Elaboración y aprobación de las bases administrativas.

El requerimiento lo define el área usuaria de la entidad, y –en los procedimientos selectivos de la reconstrucción– comprende las características técnicas de la contratación, al cual se incorporan obligatoriamente los acuerdos y decisiones derivados de la fase de expresión interés, además de las condiciones de ejecución contractual.

Definido el requerimiento, el Órgano Encargado de las Contrataciones (unidad orgánica de la entidad cuya denominación varía dependiendo de sus documentos de gestión: Adquisiciones, Abastecimiento, Logística)



procede a realizar el estudio de mercado con la finalidad de determinar el valor referencial de la contratación. Posteriormente, en función a este estudio, se solicita la certificación presupuestal que garantice la disponibilidad de recursos públicos para cubrir la contratación que se va a convocar. Con estos tres actos preparatorios, la autoridad competente aprueba el expediente de contratación.

Naturalmente, entre la aprobación del expediente de contratación y la convocatoria del procedimiento pueden transcurrir días, semanas, e incluso meses, razón por la que el valor referencial fijado inicialmente debe actualizarse. Si en el régimen general se estableció que los bienes y servicios no pueden tener una antigüedad mayor a tres meses, y en obra, no mayor a seis, en el régimen especial se ha estipulado una antigüedad no mayor a seis meses independientemente del objeto contractual. Ciertamente, en obra el cómputo del plazo no corre desde la aprobación del expediente de contratación sino desde la aprobación del presupuesto de obra, cuya fecha es la de aprobación del expediente técnico a cargo de la entidad.

Otra diferencia palpable con el régimen general de contratación es la asunción de responsabilidades de los miembros del comité de selección⁹⁰. En el régimen especial, los miembros suplentes solo actúan ante la ausencia del titular y se mantienen como titulares hasta

⁹⁰ El Reglamento especial dispone que la contratación de bienes y servicios puede estar a cargo de un comité de selección o del OEC. En caso de obras y consultoría de obras, la Entidad debe designar a un comité de selección, conformado por tres miembros titulares y sus correspondientes miembros suplentes, debiendo uno pertenecer al OEC, y los otros dos miembros tener conocimiento técnico en el objeto de la convocatoria.

la culminación del procedimiento; en el régimen general, el titular reasume sus funciones como titular así haya sido reemplazado por el suplente en uno o más actos. Designado el órgano encargado de la selección, éste elabora las bases administrativas (los pliegos) y las presenta a la autoridad competente de la entidad para su aprobación. Con este acto finaliza esta fase de actos preparatorios.

Un rasgo distintivo de la contratación especial para la reconstrucción es la regulación de una figura no prevista en el régimen general. Se trata del “Concurso Oferta a Precios Unitarios”⁹¹ (Design-Build), modalidad de ejecución contractual aplicable a obras, que comprende la elaboración del expediente técnico y la ejecución física de la obra, aunque en el modelo peruano puede incluir el equipamiento y la puesta en funcionamiento. En infraestructura vial, es común las dos primeras prestaciones (elaboración + construcción), mientras que en infraestructura educativa y sanitaria es factible contratar, además, el equipamiento y la puesta en funcionamiento de la infraestructura.

Como puede observarse, si el concurso oferta a precios unitarios incluye el equipamiento y la puesta en marcha de la infraestructura, prácticamente se asemeja a un “Llave en Mano” (Turnkey Contract).

Toda vez que al momento de la convocatoria del

⁹¹ El Concurso Oferta a Suma Alzada también está recogido en el Reglamento especial, si bien su tratamiento es igual a lo previsto en el régimen general: Aplicable sólo para edificaciones, cuyo valor sea superior a 10 millones de soles, y siempre que la entidad ejecutora pertenezca al Poder Ejecutivo. Supone la elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra.



concurso oferta no se tiene elaborado y/o aprobado el expediente técnico de obra, en el caso de intervenciones de reconstrucción se requiere contar con un Estudio de Ingeniería Básica que sirva como insumo para determinar el valor referencial del procedimiento de selección. En el caso de intervenciones de construcción (proyectos nuevos), el insumo para el valor referencial es el estudio de pre inversión elaborado bajo la normativa del Sistema de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

En cualquier caso, la ventaja del concurso oferta a precios unitarios es que con un único procedimiento se contrata varias prestaciones, aún de naturaleza diferente, evidenciándose una reducción considerable en tiempos y costos. Su desventaja, en cambio, radica en la posibilidad de que el costo de la obra previsto en el expediente técnico se incremente respecto al presupuesto de la oferta. Casualmente, la poca consistencia entre el presupuesto detallado de la oferta y el presupuesto de la obra según el expediente técnico supuso reducir el concurso oferta a su mínima expresión, tal cual está regulado en el régimen general de contratación.

En efecto, al no haber expediente técnico, se desconoce el precio o presupuesto de la obra; y al tratarse de un solo contratista, se dio pie a conjeturas sobre un incremento deliberado de los precios unitarios, con la finalidad de "sobrevalorar" las obras. Esta situación contingente, en medio de una polarización social como consecuencia de corruptelas en la contratación pública, deslegitima figuras contractuales cuya funcionalidad debe evaluarse en cada caso contrato. Al fin y al cabo, la mala utilización de recursos públicos depende del servidor o funcionario que los gestiona y no así de una herramienta o instrumento que se usa para cumplir una

finalidad pública.

Para controlar la variación del precio de la intervención, el Reglamento impone parámetros durante el cumplimiento de las dos prestaciones contractuales. En ejecución física de obra, prohíbe la aprobación de adicionales de obra por errores o deficiencias en el expediente técnico, y no reconoce la ejecución de mayores metrados; en elaboración del expediente técnico, permite la incorporación de partidas nuevas y partidas con mayores metrados que las contempladas inicialmente en el presupuesto detallado de la oferta, manteniéndose inalterable el precio unitario de cada partida. Si bien esta variación no tiene un límite predefinido, cuando el presupuesto del expediente técnico se incrementa en más del 15% respecto del presupuesto detallado de la oferta, la entidad debe comunicarlo a la Contraloría General de la República.

4.3 Fase de Procedimiento de Selección.

El procedimiento de selección presenta las siguientes etapas:

- Convocatoria y publicación de bases.
- Registro de participantes.
- Formulación de consultas administrativas y observaciones.
- Absolución de consultas, observaciones e Integración de las bases.
- Presentación de ofertas, evaluación, otorgamiento de la buena pro.

En esta tercera fase de la contratación, el Reglamento especial no solo fusiona algunas etapas de la misma, sino



que abrevia plazos considerablemente y simplifica trámites documentarios tendientes a agilizar la evaluación de ofertas. Bajo esta perspectiva, el plazo de ocho días hábiles entre la convocatoria y la presentación de ofertas, más dos días adicionales tratándose de concursos oferta a precios unitarios, posibilita que al octavo día hábil se pueda adjudicar.

Ahora bien, el procedimiento de contratación pública especial se caracteriza por integrar en una misma etapa la absolución de consultas administrativas, observaciones, e integración de bases. En el mismo sentido, se fusiona en una misma etapa la presentación de ofertas, evaluación de ofertas y el otorgamiento de la buena pro, si bien esta última, por excepción, puede ser pospuesta por la Entidad, hasta un máximo de dos días hábiles.

Un tema clave del procedimiento selectivo es que en la etapa de consultas y observaciones solo se consulta temas referidos a lo administrativo, es decir respecto al contenido de los pliegos, toda vez que las consultas técnicas fueron realizadas y absueltas en la fase de expresión de interés. Con esta previsión, se aligera sustancialmente el trabajo del órgano a cargo de la selección.

De otro lado, la presentación de ofertas se efectúa en acto público. A diferencia del régimen general que establece los conceptos de "requisitos de calificación" y "factores de evaluación" – disponiendo que en caso de bienes, servicios en general y obras se evalúa primero y luego se califica a los dos postores que obtuvieron mejor puntaje, en tanto que en consultorías se procede de modo inverso – el procedimiento especial prescinde del primer concepto y prevé de manera más sencilla que las ofertas se someten a requisitos de admisibilidad,

pasando a evaluación técnica y económica todas aquellas que son admitidas.

Precisamente, la contratación especial exige los siguientes requisitos de admisibilidad de oferta⁹²:

1. *Declaración jurada señalando que:*
 - a) *No tiene impedimento para ser participante, postor y contratista.*
 - b) *Conoce, acepta y se somete a las bases y documentos del procedimiento.*
 - c) *Es responsable de la veracidad de los documentos e información que presenta.*
 - d) *No ha incurrido y se obliga a no incurrir en actos de corrupción, así como a respetar el principio de integridad.*
 - e) *Se compromete a mantener su oferta y/o perfeccionar el contrato en caso de resultar favorecido con la buena pro.*
2. *Declaración jurada de datos del postor con indicación del correo electrónico al que se le notifican las actuaciones del procedimiento de selección y la ejecución contractual.*
3. *Declaración jurada que acredite el cumplimiento de las características técnicas.*
4. *Carta de Compromiso de presentación y acreditación del personal especialista y del equipamiento conforme lo señalado en las bases estándar, según corresponda.*

⁹² Para una mejor ilustración, revítese el artículo 37 del Reglamento.



5. *Contrato de consorcio con firmas legalizadas, detallando el porcentaje de obligaciones de cada consorciado respecto del objeto del contrato.*
6. *Carta de Línea de Crédito, emitida por una empresa que está bajo supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros, o estar considerada en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva, conforme a los montos y condiciones señalados en las bases. En procedimientos de selección cuyos valores referenciales sean inferiores a S/ 1 800 000.00 en caso de obras y S/ 450 000.00 en caso de bienes y servicios, se presenta una declaración jurada acreditando que cuenta con solvencia económica para la ejecución del contrato.*
7. *Oferta económica. En el caso de precios unitarios, el detalle mínimo exigido será: Costo Directo, Gastos Generales Fijos, Gastos Generales Variables, Utilidad e Impuesto General a las Ventas. El monto total de la oferta y de los subtotales que lo componen debe ser expresado con dos decimales.*

Además de fusionar declaraciones juradas sobre diversos aspectos en una sola declaración jurada, existen cuatro cambios resaltantes en comparación al régimen general de contratación: En primer lugar, se incorpora como un requisito de admisibilidad de ofertas la Carta de Línea de Crédito, emitida por una empresa que está bajo supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros, o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva. Con

este requisito, se pretende contratar con empresas que demuestran cierta solvencia económica.

En segundo lugar, la oferta económica se presenta con un desagregado mínimo que permita al órgano encargado de la selección una evaluación sumaria, sobretodo tratándose de obras sin modalidad de ejecución contractual y de obras por concurso oferta. El detalle de los precios unitarios por partida será presentado con ocasión a la suscripción del contrato, pues no es objeto de evaluación por el comité, siendo verificado por el área usuaria previo a la suscripción del contrato.

En tercer lugar, y bajo el mismo razonamiento anterior, el postor comunica mediante declaración jurada simple que cumple con el personal clave, la experiencia y el equipamiento necesario para realizar la intervención; sin embargo, a la suscripción del contrato, debe presentar y acreditar el equipamiento y al personal necesario para la ejecución del contrato. En el caso de obra, previo a celebrar el contrato, se acredita al residente y al jefe de obra, mientras que el resto del plantel técnico será acreditado antes de su participación efectiva en la obra.

En cuarto lugar, el régimen especial exige en este momento el contrato de consorcio, en caso corresponda, el cual será válido y vigente respecto al postor adjudicado con la buena pro. Contrariamente, en el régimen general se exige una promesa formal de consorcio, al momento de presentación de ofertas, y posteriormente, para la suscripción del contrato, la entidad requiere la presentación del contrato de consorcio.

De otro lado, con el propósito de contar con una evaluación ágil, la contratación especial considera como



únicos factores de evaluación el precio y la experiencia del postor. Si bien las bases establecen la forma de acreditación, la metodología y el puntaje que se asignará a cada factor, se prioriza contratar a quien oferte el menor precio; cumpla realmente con la experiencia exigida por las entidades; ejecute sus obligaciones contractuales dentro de los plazos previstos, minimizando las solicitudes de ampliaciones de plazo, y como consecuencia, el pago de mayores gastos generales.

Al verificar la oferta económica, el órgano a cargo de la selección está facultado para rechazar las ofertas que no respeten los siguientes límites inferiores: En la contratación de bienes y servicios se rechaza toda oferta por debajo del 80% del valor referencial; tratándose de consultoría y ejecución de obras, se rechazan las ofertas que estén por debajo del 90%. En cualquier caso, la contratación pública especial elimina los límites máximos del régimen general, por lo que tampoco serán admitidas las ofertas que superan el valor referencial definido.

Luego de asignar los puntajes respectivos, según lo previsto en los pliegos, se otorga la buena pro en acto público. A partir del día siguiente, se computa el plazo de cinco días hábiles para el consentimiento de la buena pro, salvo que se trate de un solo postor, supuesto en el cual se produce el consentimiento el mismo día de la adjudicación. Consentida la buena pro, se inicia el plazo de cinco días hábiles para la celebración del contrato.⁹³

⁹³ Este plazo, de manera desagregada, comprende cuatro días hábiles para la presentación de documentos y un día hábil para la subsanación de observaciones y la firma del documento.

Finalmente, antes de culminar con el presente trabajo, merece la pena destacar los siguientes aspectos favorables del régimen especial:

- El procedimiento de contratación especial no está exento del control que realiza la Contraloría General de la República y los demás órganos que comportan el Sistema Nacional de Control, a través del control concurrente y control posterior.
- El procedimiento de contratación también es supervisado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.
- Para una contratación eficaz y eficiente se aplica supletoriamente la Ley y el Reglamento de las Contrataciones del Estado en todo lo no previsto por el Reglamento especial y siempre que no la contravenga. De este modo, las entidades involucradas en la reconstrucción pueden utilizar las contrataciones directas, así como la subasta inversa y el convenio marco. Se trata, en todo caso, de que las entidades contratantes, supletoriamente, tienen libertad para elegir el tipo de procedimiento de adjudicación, con respeto a los principios de transparencia, concurrencia, no discriminación y publicidad (Bermejo, 2008).
- A todo postor le asiste el derecho a interponer el recurso de apelación si considera arbitraria e ilegal una o más decisiones del comité especial. Dependiendo del valor referencial de la contratación, el recurso puede ser conocido y resuelto por la entidad convocante o por el Tribunal de Contrataciones del Estado. En este



último supuesto, el tribunal se avoca a acciones cometidas y a omisiones ilegales o arbitrarias producidas entre la convocatoria del procedimiento y la adjudicación de la buena pro, similar al marco competencial del Tribunal de Contratación Pública en Chile (Escanilla, 2013).

- Finalmente, la contratación especial promueve mayor transparencia que el régimen general, pues el Reglamento dispone que se publique electrónicamente los documentos que comprenden los expedientes de contratación.

CONCLUSIONES.

La aprobación del Procedimiento de Contratación Pública Especial ha significado un hito importante en la gestión del abastecimiento para la adquisición de bienes, servicios y obras, a cargo de las entidades ejecutoras del Plan Integral de la Reconstrucción.

Como toda norma jurídica, el Reglamento que aprueba el mencionado procedimiento no ha estado exento de dificultades y de contingencias diversas que van desde algunos vacíos normativos detectados al momento de su aplicación hasta dudas y críticas respecto a su funcionalidad. Lo que sí ha quedado demostrado es que la casuística experimentada por las entidades ejecutoras, tanto con el procedimiento general, como con el especial, desborda los supuestos de hecho de la norma, siendo necesario interpretaciones adecuadas apelando a los principios generales de la contratación pública y del propio Derecho Administrativo.

En todo caso, lo fundamental de la política en reconstrucción es la regulación de un procedimiento especial que crea, a diferencia del régimen general, una nueva fase de la contratación, denominada Expresión de Interés. Para algunas entidades, la adaptación al régimen especial ha sido rápida; para otras, varía en función de su organización e institucionalidad. Ciertamente, estamos ante un nuevo escenario que va a reconfigurar también el papel de los órganos de control, pues es evidente que las auditorías deben tomar en cuenta los nuevos tiempos, plazos, y procedimientos instaurados.

Es cierto también que al introducir especialidades procedimentales y reglas propias para la contratación puede dificultarse el acceso general de los licitadores, a los que resultará muy complejo conocerlas todas ellas o poder preparar sus ofertas para participar en los procedimientos convocados (Moreno, 2009). Pero no es menos cierto que los regímenes especiales pueden superar cuellos de botella que el régimen general origina para determinados supuestos, convirtiéndose en parte del problema y no de la solución.

Para encarar este nuevo escenario, las entidades deben potenciar sus órganos encargados de las contrataciones. Esta labor supone un abanico de cambios en la estructura organizacional de la entidad, que van desde la ejecución de planes de fortalecimiento de capacidades en contrataciones, el incremento de personal, la profesionalización de los servidores que laboran en los órganos encargados de las contrataciones, hasta la introducción de mejoras en los procesos y procedimientos que realiza la entidad para cumplir sus fines institucionales.



Razón no le falta a Belaústegui (2011) cuando puntualiza que contar con una amplia batería de instrumentos, incluyendo especialmente el desarrollo de capacidades en los oficiales de compra, es clave para lograr que las buenas prácticas sean incluidas dentro de la rutina de actividades de compras. Naturalmente, estos cambios serán graduales y deben ajustarse a las reales necesidades de la entidad y a las nuevas exigencias de la sociedad civil que hoy día, como destinatarios de las políticas públicas, demandan más, con mayor fuerza y nuevos mecanismos de presión.

Bibliografía:

1. Benavides, Juan (2010). "Contratación pública y debilidad institucional en infraestructura en Colombia". Revista de Ingeniería, N° 32, julio-diciembre, 2010, págs. 80-87. Bogotá: Universidad de Los Andes.
2. Belaústegui, Victoria (2011). *Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo. Red Interamericana de Compras Gubernamentales: Informe preparado para el grupo de trabajo compuesto por los países: Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay en el marco de las actividades de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG)*. Argentina: Universidad Nacional de San Martín.
3. Bermejo, José (2008). "El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios especiales". Revista de Administración Pública, N° 176, mayo-agosto, 2008, págs. 115-159. Madrid.



4. CEGESTI (2012) *Panorama actual de las compras públicas responsables en Centroamérica*. San José: CEGESTI.
5. Gimeno Feliú, José (2004). *La utilización de las nuevas tecnologías en la contratación pública*. Documento de Trabajo 2004-03. Departamento de Derecho Público de la Universidad de Zaragoza.
6. Escanilla, Eduardo (2013). "El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo". *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 2, abril, 2013, págs. 103-149. Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo.
7. Hernández, Roberto (2014). "Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias". En: Biblioteca del Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre: *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Roberto Hernández García (Coord.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L., págs. 23-32.
8. ICEX España Exportación e Inversiones (2015). *Elaboración de Expresiones de Interés. Guía práctica para empresas españolas*. Julio 2015.
9. Moreno Molina, J.A. (2009). "La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo. Agua, territorio, cambio climático y Derecho administrativo". Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública que recoge las ponencias del XVII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, 2009, págs. 337-354.
10. Moreno Molina, J.A. (2010). "El nuevo Derecho de la Contratación Pública: De las prerrogativas de la



administración a la garantía de los principios generales". En: *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena Del Alcázar*. Comisión Organizadora, Manuel Arenilla Sáez (coordinador). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 1525 – 1540.

11. Organización de Estados Americanos (2018). *Curso: Gestión de las Compras Públicas. Módulo 4: Las compras del Estado y las políticas públicas*. Washington: OEA.
12. OSCE (2018). *Informe Mensual Consolidado (noviembre 2018)*. Lima.
13. Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (2017). *Plan Integral de la Reconstrucción con Cambios*. Lima.
14. Ramió Matas, Carles (2012). *Teoría de la organización y administración pública*. España: Editorial Tecnos.
15. Universidad Nacional de San Martín (2012). *Compras públicas en América Latina y el Caribe. Diagnósticos y desafíos*. Guillermo Rozenwurcel y Gabriel Bezchinsky (Comp.). Argentina.

Normas y Reglamentos:

1. Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del gobierno nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, Ley N° 30556.
2. Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2019, Ley N° 30879.

3. Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225.
4. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.
5. Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 071-2018-PCM.
6. Reglamento de la Ley N° 30556, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2019-PCM.
7. Decreto que aprueba el Plan Integral de la Reconstrucción con Cambios, Decreto Supremo N° 091-2017-PCM.

Consulta a páginas Web:

1. www.rcc.gob.pe
2. www.osce.gob.pe
3. www.mef.gob.pe
4. www.pcm.gob.pe

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

**COMENTARIOS DE
SENTENCIAS**

**RESEÑA SOBRE LA SENTENCIA TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL Nº 47/2019, DE 8 DE ABRIL
DE 2019 SOBRE LA FORMA DE REALIZACIÓN
DE LA PRIMERA CITACIÓN DE LA PARTE
DEMANDADA AÚN NO PERSONADA, QUE
ACUERDA QUE EN EL CASO MENCIONADO
DEBIÓ MATERIALIZARSE POR CORREO
CERTIFICADO CON ACUSE DE RECIBO AL
DOMICILIO DESIGNADO POR LA ACTORA Y NO
MEDIANTE LA DIRECCIÓN ELECTRÓNICA
HABILITADA**

“REVIEW ON THE JUDGMENT OF CONSTITUTIONAL
COURT No. 47/2019, OF APRIL 8, 2019 ON THE
CONDUCT OF THE FIRST CITATION OF THE
DEFENDANT STILL NOT PERSON, WHO AGREES
THAT IN THE CASE MENTIONED IT SHOULD BE
MATERIALIZED BY MAIL CERTIFIED WITH
ACKNOWLEDGMENT OF RECEIPT TO THE DOMICILE
DESIGNATED BY THE ACTOR AND NOT THROUGH
THE ELECTRONIC ADDRESS ENABLED”

Leopoldo J. Gómez Zamora.

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

Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la
Administración.



Resumen: La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 47/2019, de 8 de abril de 2019 estima el recurso de amparo promovido por una mercantil al apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión por la inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento de la entidad demandada. La resolución llega a la conclusión de que de una la interpretación conjunta de los arts. 53.1, 56.1 LRJS y 155.1 y 2, 273.4 LEC en la jurisdicción social; la primera citación de la parte demandada aún no personada, a fin de poner en su conocimiento el contenido de la demanda y la fecha de señalamiento de los actos de conciliación y juicio, debió materializarse por correo certificado con acuse de recibo al domicilio designado por la actora, con independencia de que, una vez ya personada, esta última quedara obligada al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la administración de justicia.

Palabras clave: comunicaciones electrónicas, primera citación judicial, correo certificado, dirección electrónica habilitada.

Abstract: The Constitutional Court Decision No. 47/2019, of April 8, 2019, considers the remedy of *amparo* filed by a commercial company when assessing the violation of the right to judicial protection without defenselessness due to the inadequate use of the electronic address enabled as a channel of communication of the first location of the defendant entity. The resolution concludes that one of the joint interpretation of arts. 53.1, 56.1 LRJS and 155.1 and 2, 273.4 LEC; The first citation of the defendant not yet in person, in order to inform him of the content of the complaint and the date of the conciliation and trial, must have been materialized by certified mail with

acknowledgment of receipt to the address designated by the plaintiff, independently of the fact that, once she has been appointed, the latter will be obliged to use the telematic or electronic systems existing in the administration of justice.

Key words: electronic communications, first judicial summons, certified mail, electronic address enabled.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN PRIMER II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN III. MARCO NORMATIVO IV. DOCTRINA CONSTITUCIONAL V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN.

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 47/2019, de 8 de abril de 2019 (Recurso de amparo 5693-2017, publicada en el BOE 15 de mayo de 2019⁹⁴, cuyo ponente ha sido D. Pedro José González-Trevijano Sánchez) estima el recurso de amparo promovido por Meka Block S.A.U., respecto de la sentencia dictada por un Juzgado de lo Social de Toledo en un procedimiento por una sanción en el ámbito laboral. La estimación se produce por la apreciación de la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión por la inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento de la entidad demandada.

⁹⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2019/05/15/pdfs/BOE-A-2019-7267.pdf>



La resolución acuerda que en el ámbito de la jurisdicción social, la primera citación de la parte demandada aún no personada, a fin de poner en su conocimiento el contenido de la demanda y la fecha de señalamiento de los actos de conciliación y juicio; debió materializarse por correo certificado con acuse de recibo al domicilio designado por la actora, con independencia de que, una vez ya personada, esta última quedara obligada al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la administración de justicia.

Analizaremos brevemente a continuación algunos elementos de la decisión, centrándonos en realizar un breve resumen de los hechos o planteamiento de la cuestión fáctica; estableceremos en segundo lugar el marco normativo en el que se incardina la decisión; analizaremos en términos generales la doctrina jurisdiccional que sistematiza la sentencia y estableceremos una conclusión sobre la decisión del Tribunal Constitucional (TC).

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

En este caso el Juzgado de lo Social acordó remitir el escrito de demanda de una trabajadora y demás documentos en un proceso por una sanción laboral a la dirección electrónica habilitada de la empresa. Este era el escrito iniciador del proceso y la demandada aún no estaba personada por lo que resultaba ser la primera comunicación.

La empresa no compareció a la vista (sí la demandante y algunos trabajadores de la propia empresa como testigos) y manifestó desconocer la convocatoria a dicha vista. La comunicación dirigida a la dirección electrónica habilitada de la empresa no fue abierta, sino que se dio

por notificada por el transcurso de tres días desde que quedara a disposición en tal medio.

Se dictó sentencia en la que se tuvo a la empresa por no comparecida con los efectos legales correspondientes, entre otros tenerla por confesa sobre determinadas cuestiones sobre el fondo del asunto. Frente a dicha resolución la mercantil interpuso incidente de nulidad de actuaciones, en el que denunció la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con arreglo a lo dispuesto en los arts. 53 y 55 a 57 la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), y en los arts. 155 y 166 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC); sosteniendo que el primer emplazamiento o citación del demandado debió verificarse en el domicilio señalado en la demanda (que es el domicilio real de la empresa), toda vez que ningún precepto eximía al juzgado de su obligación legal de realizar los actos de comunicación en la forma prevista en esas normas.

El incidente resultó desestimado por auto⁹⁵, señalando que existe una obligación en el empleo de los sistemas telemáticos existentes en la administración de justicia y en particular están obligados a intervenir a través de los medios electrónicos con la administración de justicia las personas jurídicas⁹⁶. También se establece que los actos de comunicación emanados de los órganos y oficinas

⁹⁵ Apelando a los arts. 53.2, 53.2 y 55 de la LJS, 162 y 273.3 a) LEC, 230 y 271 LOPJ, en el artículo 3 de la Ley 59/2003, así como en el Real Decreto 1065/2015, que regulan las comunicaciones a través de medios telemáticos en el correspondiente ámbito y que serán analizados más adelante.

⁹⁶ Conforme al art. 273.3 a) LEC.



judiciales y fiscales podrán realizarse mediante la dirección electrónica habilitada⁹⁷.

Frente a la decisión judicial se presentó demanda de amparo donde la empresa recurrente alegó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Tras traer a colación la doctrina constitucional relativa a los actos de comunicación procesal y su vinculación con el referido derecho fundamental (entre otras, las SSTC 110/1989, de 12 de junio; 169/2014, de 22 de octubre, y 30/2014, de 24 de febrero), sostuvo que una deficiente práctica de las notificaciones por parte del órgano judicial que, a su vez, sea determinante de la falta de emplazamiento personal de quien debe ser llamado al proceso, vulnera el referido derecho y acarrea la nulidad de actuaciones.

Señalaba la recurrente que la notificación efectuada a través de la dirección electrónica habilitada no resultó efectiva.

Tras los oportunos trámites el TC estimó el recurso de amparo y reconoció la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión declarando la nulidad del auto y la sentencia; acordando que se retrotrajeran las actuaciones hasta el trámite procesal que proceda, a fin de que la nueva citación para los actos de conciliación y juicio.

III. MARCO NORMATIVO.

El Tribunal Constitucional para fundar su decisión menciona la normativa aplicable en el fundamento

⁹⁷ Artículo 22 del Real Decreto 1065/2015.

jurídico segundo que aquí sistematizaremos de forma resumida:

El órgano constitucional menciona el art. 53.1 LRJS⁹⁸ que prevé la **supletoriedad de la Ley de enjuiciamiento civil**, amén de la **obligación de agotar las posibilidades de efectividad del acto de comunicación** y a continuación apela al el art. 56.1 LRJS⁹⁹ que fija el modo de llevar a cabo los actos de comunicación fuera de la oficina judicial.

El art. 56.5 LRJS¹⁰⁰ efectúa una remisión expresa a lo dispuesto en la LEC, en relación con la **utilización de medios electrónicos** y similares, que en lo que aquí interesa mencionan que en relación con el empleo de los medios electrónicos para realizar los actos de comunicación, el primer párrafo del art. 152.2 LEC¹⁰¹

⁹⁸ «Los actos de comunicación se efectuarán en la forma establecida en el Capítulo V del Título V del Libro I de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades previstas en esta Ley, debiendo siempre agotarse todas las posibles vías existentes para lograr la efectividad de las notificaciones.»

⁹⁹ «Las citaciones, notificaciones y emplazamientos que se practiquen fuera de la sede de la oficina judicial se harán, cualquiera que sea el destinatario, por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el secretario en los autos del contenido del sobre remitido, y uniéndose a ellos el acuse de recibo.»

¹⁰⁰ «Cuando la comunicación tenga lugar utilizando medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, se realizará conforme a lo establecido en el art. 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

¹⁰¹ «Los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia



establece la **obligación de utilizar esos medios por parte del órgano judicial siempre que, de manera obligatoria u opcional, el destinatario de esos actos deba también servirse de ellos**. Esta regulación coincide o concuerda, en palabras del Tribunal Constitucional, con el primer párrafo del art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)¹⁰².

El art. 273.3 a) LEC prevé que, en todo caso, estarán **obligados a intervenir a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia, al menos, las personas jurídicas**.

Respecto de la acreditación de la eficacia del acto de comunicación practicado a través de los medios electrónicos indicados, el art. 162.2 LEC establece que «En cualquiera de los supuestos a los que se refiere este artículo, **cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá**

conforme al artículo 273, o cuando aquellos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.»

¹⁰² En la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial «Los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la administración de justicia conforme a lo establecido en las leyes procesales y en la forma que estas determinen.»

que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos.»

No obstante, cuando se trata del primer emplazamiento o citación del demandado, el régimen jurídico específicamente aplicable viene establecido en los apartados 1, 2 y 3 del art. 155 LEC¹⁰³ en el que se señala precisamente que **los actos de comunicación se harán por remisión al domicilio de los litigantes que consten en la demanda o documento iniciador del proceso si se trata del primer emplazamiento o no conste nombrado procurador.**

¹⁰³ «1. Cuando las partes no actúen representadas por procurador o se trate del primer emplazamiento o citación al demandado, los actos de comunicación se harán por remisión al domicilio de los litigantes. En la cédula de emplazamiento o citación se hará constar el derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita y el plazo para solicitarla.

2. El domicilio del demandante será el que haya hecho constar en la demanda o en la petición o solicitud con que se inicie el proceso. Asimismo, el demandante designará, como domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento o citación de este, uno o varios de los lugares a que se refiere el apartado siguiente de este artículo. Si el demandante designare varios lugares como domicilios, indicará el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación [...].

3. A efectos de actos de comunicación, podrá designarse como domicilio el que aparezca en el padrón municipal o el que conste oficialmente a otros efectos, así como el que aparezca en registro oficial o en publicaciones de Colegios profesionales, cuando se tratase, respectivamente, de empresas y otras entidades o de personas que ejerzan profesión para la que deban colegiarse obligatoriamente. También podrá designarse como domicilio, a los referidos efectos, el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional [...].»



Por último, menciona el TC el art. 273.4 segundo párrafo LEC¹⁰⁴ donde se prevé un supuesto en el que, aun **habiéndose presentado por vía telemática o electrónica los escritos y documentos, también resulta obligatoria su presentación en soporte de papel si dan lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento.**

Ya se pueden extraer algunas conclusiones de esta normativa que si bien se aplica al concreto ámbito jurisdiccional al que se refiere la sentencia apelan a normas procesales de común aplicación a todos los órdenes e incluso muy similares a las normas procedimentales administrativas en materia de comunicaciones electrónicas. Obviamente existe una obligación general del uso de medios electrónicos en la Administración de justicia y más particular para las personas jurídicas que deberán comunicarse a través de dichos medios. A pesar de lo anterior, para evitar indefensión y mantener certeza en las comunicaciones,

¹⁰⁴ «Los escritos y documentos presentados por vía telemática o electrónica indicarán el tipo y número de expediente y año al que se refieren e irán debidamente foliados mediante un índice electrónico que permita su debida localización y consulta. La presentación se realizará empleando firma electrónica reconocida y se adaptará a lo establecido en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Únicamente de los escritos y documentos que se presenten vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado o ejecutado, se deberá aportar en soporte papel, en los tres días siguientes, tantas copias literales cuantas sean las otras partes.»

se procura un régimen de comunicaciones garantista para el primer llamamiento al proceso basado en el método tradicional de la notificación en papel en el domicilio físico. La norma persigue precisamente la eficacia de la comunicación que asegure la personación del demandado. Si la comunicación hubiera sido eficaz, si la hubiera recibido la demandada por medios electrónicos, probablemente no se hubiera dado el problema, incluso ante la incomparecencia. No obstante, serán los tribunales ordinarios e incluso el Tribunal Constitucional los que vayan determinando casuísticamente las reglas aplicables a las comunicaciones electrónicas en los diversos ámbitos en que operan.

IV. DOCTRINA CONSTITUCIONAL.

Junto a la normativa aplicable, se hace un repaso en la sentencia de la doctrina constitucional sobre la materia, que si bien está encaminada a resolver la cuestión; tiene cierta utilidad por la posibilidad de extrapolar los postulados y razonamientos a otros ámbitos en los que también se producen comunicaciones electrónicas, sin perder de vista los concretos aspectos del supuesto tratado.

Tras la mención a las normas que entran en juego en este tipo de comunicaciones el Tribunal Constitucional hace especial mención a la reciente **STC 6/2019, de 17 de enero** en la que una vez tratado el régimen del derecho y obligación para determinados sujetos a comunicarse a través de medios electrónicos con la



Administración de justicia¹⁰⁵ ya se reconoce el **establecimiento de un régimen jurídico *sui generis* respecto de la primera citación o emplazamiento del «demandado aún no personado en el procedimiento**, en cuanto al acto de citación o emplazamiento, conforme a lo previsto en el artículo 155.1 LEC, **los cuales ‘se harán por remisión al domicilio de los litigantes’, regla que también opera en el proceso laboral** (art. 53.1 LJS) y de hecho así se hizo en la causa *a quo*¹⁰⁶.

Antes de resolver recuerda el TC la **vinculación de los actos de comunicación procesal con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión** (art. 24.1 CE) con nueva mención a la STC 6/2019, de 17 de enero (FJ 2º) que a su vez se remite a otras¹⁰⁷ y que en resumen señala la **importancia de la efectividad de los actos de comunicación en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, con el derecho al recurso legalmente previsto y el derecho de defensa**. El TC establece en su doctrina una *garantía efectiva en orden a la tutela judicial, a cuyo fin adquieren una especial trascendencia los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, tanto respecto de quienes aún no lo son y han de ser emplazados como respecto de aquellos a los que ha de*

¹⁰⁵ Similar en su tenor al establecido en el artículo 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁰⁶ Fundamento jurídico 4 ap. iii) de la STC 6/2019, de 17 de enero.

¹⁰⁷ SSTC 148/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 6/2008, de 21 de enero, FJ 2, y 180/2015, de 7 de septiembre, FFJJ 4 y 7; SSTC 48/1984, 181/1994 y 39/1995; SSTC 9/1991, 126/1991 y 17/1992; STC 229/1998, de 1 de diciembre, FJ 4 y STC 334/1993, de 15 de noviembre, FJ 2.

darse traslado de las resoluciones judiciales a los efectos de un posible recurso contra las mismas. El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE, garantiza el derecho de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y de ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos, con respeto de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales evitando en todo caso la indefensión.

Sobre el **deber de garantizar la efectividad de los actos de comunicación procesal** que recae sobre el órgano judicial se apela a la STC 32/2019, de 28 de febrero (FJ 4º) que otorga *especial relevancia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, en particular el emplazamiento, citación o notificación a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento (...) de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el derecho de defensa.*

Sobre la **conurrencia de indefensión**, el TC menciona su doctrina plasmada en la STC 181/2015, de 7 de septiembre (FJ 3), de que «el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados, de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental, salvo que la situación de incomunicación sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, pese a tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia, si bien es necesario recordar que la posible negligencia, descuido o impericia imputables a la parte, o el



conocimiento extraprocésal de la causa judicial tramitada inaudita parte, que excluiría la relevancia constitucional de la queja, 'no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse fehacientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido, es justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega».

V. CONCLUSIÓN.

Para centrar la cuestión debe comenzarse por afirmar que el TC concreta que la decisión atañe a un acto de comunicación realizado por un medio electrónico, telemático o semejante mediante el uso de la dirección electrónica habilitada. Como se ha señalado el ámbito en el que se mueve la decisión es muy concreto pero las ideas fundamentales podrán extrapolarse, *mutatis mutandi*, a otros supuestos o sectores del ordenamiento jurídico donde se plantean cuestiones similares.

Esta vía de comunicación electrónica es la ordinaria entre la Administración de justicia y las personas obligadas a servirse de dichos medios tecnológicos. No se discute el empleo generalizado de las comunicaciones en formato electrónico ni la obligación de algunos sujetos de utilizarlas.

No obstante, en este caso concreto se trata de la primera citación o emplazamiento del demandado aún no personado que tiene ciertas peculiaridades desde el prisma de la efectividad de la comunicación y la normativa que la regula para evitar cualquier tipo de indefensión.

En este marco concluye el TC:

Lo dispuesto en los arts. 53.1 y 55 LRJS no es una facultad de efectuar los actos de comunicación a través de medios electrónicos como modo alternativo a la utilización del correo certificado con acuse de recibo en el domicilio señalado en la demanda. El órgano judicial no puede optar facultativamente entre la utilización del método tradicional o electrónico para la primera comunicación.

Los actos de comunicación que constituyen el primer emplazamiento o citación del demandado deben hacerse en papel como determinaría la aplicación de los arts. 273.4 y 155 LEC.

Por consiguiente, de una la interpretación conjunta de los arts. 53.1, 56.1 LRJS y 155.1 y 2, 273.4 LEC, no procede efectuar por medios electrónicos la primera citación o emplazamiento del demandado aún no personado en el procedimiento, pues esos actos deben realizarse por remisión a su domicilio.

Cabe recordar que se resuelve un asunto concreto en el que la remisión de la comunicación electrónica no tuvo efectividad y no se conoció el contenido del acto, pero podría entenderse que en caso de que sí se hubiera accedido al contenido, el hecho de no practicar la notificación en papel hubiera podido ser un vicio subsanable. En todo caso no entra en este punto el TC por lo que simplemente habrá que acudir a lo que sí resuelve o tata.

La doctrina que resuelve la cuestión concreta que el TC expresa en la resolución se podría resumir en el siguiente planteamiento: **“la primera citación de la parte demandada aún no personada, a fin de poner en su conocimiento el contenido de la demanda y la**



fecha de señalamiento de los actos de conciliación y juicio, dicha citación debió materializarse por correo certificado con acuse de recibo al domicilio designado por la actora, con independencia de que, una vez ya personada, esta última quedara obligada al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la administración de justicia.” (FJ 4º a) *in fine* STC nº 47/2019, de 8 de abril de 2019).

Reprocha en este caso el TC que a pesar de haberse constatado que la citación efectuada en la dirección electrónica habilitada no fue retirada por la interesada, en el plazo de tres días hábiles a partir de su recepción, no se agotaron las posibles vías existentes para lograr la efectividad de la notificación. Puede colegirse que la comunicación hubiera resultado válida si hubiera sido efectiva y no hubiera producido indefensión a la interesada, pero, como decimos, esta cuestión podrá admitir otras interpretaciones que probablemente se irán planteando a medida que la utilización de los medios de comunicación electrónicos se consoliden.

* * * * *

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 68/2019 DE 28 DE ENERO DE 2019 (Nº DE RECURSO: 4580/2017): LA LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE EN UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

“COMMENT TO SUPREME COURT RULING Nº 68/2019 OF JANUARY 28, 2019 (RESOURCE Nº: 4580/2017): THE LEGITIMATION OF THE COMPLAINANT IN A SANCTIONING PROCEDURE BEFORE THE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE JURISDICTION”

Leopoldo J. Gómez Zamora

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración.

Fecha de presentación del comentario: 9 de abril de 2019.



Resumen: En la STS nº 68/2019 de 28 de enero de 2019 (nº de recurso: 4580/2017) se trata sobre la legitimación del denunciante en el proceso contencioso-administrativo, llegando a la conclusión de que no cabe apreciar legitimación cuando no existe un interés directo en el asunto y que no debe confundirse el interés legítimo con una satisfacción personal o moral del denunciante/perjudicado. Aporta la sentencia comentada una serie de criterios sistemáticamente recogidos al respecto que podrían resumirse del siguiente modo: 1. Denunciante no es lo mismo que interesado; por el simple hecho de su denuncia, el denunciante no tiene interés legitimador para exigir la imposición de sanciones. 2. La legitimación del denunciante depende de que sea titular de un interés legítimo. 3. Puede considerarse interés legítimo que el órgano administrativo desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular. 4. La regla general es que no hay legitimación para solicitar la imposición de una sanción o agravación de la ya impuesta por no considerarse un beneficio o ventaja que se corresponda con un interés legítimo. 5. Se podría admitir legitimación cuando el interés en que se imponga una sanción pudiese tener incidencia directa en su esfera patrimonial. 6. Para que pueda haber legitimación no cabe invocar un mero interés formal.

Palabras clave: legitimación, denunciante, procedimiento sancionador, jurisdicción contencioso-administrativa.

Abstract: In the STS no. 68/2019 of January 28, 2019, it deals with the legitimacy of the complainant in the contentious-administrative proceeding, concluding that no legitimation can be established when there is no

direct interest in the matter and that it should not confusing the legitimate interest with a personal or moral satisfaction of the complainant / injured party. The commented sentence provides a series of criteria systematically collected in this regard that could be summarized as follows: 1. Whistleblower is not the same as interested; by the simple fact of his complaint, the complainant has no legitimate interest to demand the imposition of sanctions. 2. The legitimacy of the complainant depends on the holder of a legitimate interest. 3. It may be considered a legitimate interest for the administrative body to carry out an investigation and verification activity in order to verify whether irregular conduct has occurred. 4. The general rule is that there is no legitimation to request the imposition of a sanction or aggravation of the already imposed because it is not considered a benefit or advantage that corresponds to a legitimate interest. 5. Legitimacy could be admitted when the interest in imposing a penalty could have a direct impact on its patrimonial sphere. 6. So that there can be legitimacy, a mere formal interest can.

Key words: legitimation, complainant, sanctioning procedure, contentious-administrative jurisdiction.

Sumario: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. OBJETO Y RESOLUCIÓN.- III. CRITERIOS DEL TS SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE EN UN PROCESO SANCIONADOR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.- A) LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EL INTERÉS LEGÍTIMO.- B) CRITERIOS SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE RECOGIDOS POR LA STS Nº 68/2019 DE 28 DE ENERO DE 2019.- 1. Denunciante no es lo mismo que interesado; por el simple hecho de su



denuncia, el denunciante no tiene interés legitimador para exigir la imposición de sanciones.- 2. La legitimación del denunciante depende de que sea titular de un interés legítimo.- 3. Puede considerarse interés legítimo que el órgano administrativo desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular.- 4. La regla general es que no hay legitimación para solicitar la imposición de una sanción o agravación de la ya impuesta por no considerarse un beneficio o ventaja que se corresponda con un interés legítimo.- 5. Se podría admitir legitimación cuando el interés en que se imponga una sanción pudiese tener incidencia directa en su esfera patrimonial.- 6. Para que pueda haber legitimación no cabe invocar un mero interés formal.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

En la sentencia que aquí se comenta, **STS nº 68/2019 de 28 de enero de 2019 (nº de recurso: 4580/2017) cuyo ponente ha sido D. Diego Córdoba Castroverde**, se produjo el siguiente supuesto de hecho:

Un cliente denunció a su letrado ante el colegio de abogados por estar disconforme con su actuación profesional, concretamente por haber dejado transcurrir el plazo legalmente establecido para interponer el recurso de apelación en una causa penal. Dicha corporación impuso al letrado una sanción leve y el denunciante recurrió en alzada solicitando una sanción más grave.

El recurso de alzada fue desestimado por falta de legitimación del denunciante.

Se interpuso recurso contencioso-administrativo que fue inadmitido por el Juzgado de lo contencioso-administrativo señalando que el denunciante no tiene un derecho subjetivo ni un interés legítimo que el transgresor sea sancionado.

El denunciante recurrió en apelación y el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) estimó el recurso al considerar que el denunciante perjudicado, víctima de la infracción cometida, tiene legitimación para intervenir en el procedimiento sancionador, tanto en la instancia administrativa como judicial, ostentando un interés legítimo a que su daño sea reparado y sea tenido en cuenta a la hora de imponer la sanción retributiva de la infracción cometida, acorde con la entidad del sufrimiento producido.

Frente a la sentencia se planteó recurso de casación en el que el Tribunal Supremo (TS) analizó la legitimación del denunciante en los procedimientos sancionadores administrativos.

El TS finalmente anula la resolución del TSJ y confirma la del Juzgado al no apreciar *que el denunciante tuviera un interés legítimo, pues no ha resultado acreditado que la situación jurídica del denunciante-recurrente experimente ventaja alguna por el hecho de que la sanción por él pretendida sea superior a la impuesta, debiendo negarse, en consecuencia, legitimación para recurrir en sede contencioso-administrativa, sin que ello implique violación del artículo 24 de la Constitución, pues este derecho también queda satisfecho ante una decisión fundada de inadmisión y no abarca el derecho a que la respuesta de los tribunales se acomode al deseo del recurrente.*



La verdadera utilidad de la resolución judicial analizada se debe más a la sistematización que realiza y el esfuerzo que recoge por establecer de una forma sencilla y útil los criterios esenciales para analizar la cuestión controvertida. Podrán darse situaciones prácticas que no se acomoden miméticamente en ningún de los supuestos que facilita el TS pero sin duda los criterios podrán ser extrapolables para la adopción de una mejor decisión ya en vía administrativa ya en vía judicial.

Este comentario no pretende abordar la resolución judicial de una forma crítica sino simplemente poner de manifiesto su utilidad y claridad exponiendo las conclusiones a las que ha llegado. Ningún mérito tiene este comentario que no sea el de hacer un esquema resumido de la sentencia.

II. OBJETO Y RESOLUCIÓN.

La sentencia aborda la legitimación del denunciante para impugnar ante los tribunales contencioso-administrativos la sanción impuesta en un procedimiento sancionador, pretendiendo la modificación y consiguiente agravación de la infracción apreciada y de la sanción impuesta.

La sentencia del TSJ impugnada en casación consideraba que la existencia de un interés legítimo no puede ser identificado tan solo con un interés material sino también con un interés moral como una línea jurisprudencial aperturista del interés legítimo.

La sentencia del TS recupera la línea más consolidada sobre el interés legítimo negando la legitimación por un mero interés moral. En la sentencia que se comenta se

viene a ratificar la doctrina ya existente sobre la materia que no reconoce que la legitimación pueda girar en torno a un interés subjetivo y general, sino que debe estar objetivado de algún modo. El verdadero interés de la resolución judicial no solo reside en el pronunciamiento que realiza, que viene a confirmar otros anteriores, sino el repaso sistematizado que realiza de las distintas situaciones en que se puede o no reconocer la legitimidad del denunciante para entablar un recurso jurisdiccional.

En dicho contexto el TS resuelve la concreta situación planteada conforme a varios criterios:

1º En primer lugar sostiene que deben establecerse diferencias entre el denunciante-perjudicado y un tercero.

2º Establece cierta posibilidad de ejercer un control efectivo de la potestad sancionadora por personas diferentes al imputado.

3º El hecho de haberse reconocido al denunciante legitimación en vía administrativa no implica reconocer esa misma legitimación en sede judicial.

4º Y finalmente afirma el TS *por lo que respecta a la existencia de un interés moral del denunciante, como interés legitimador para recurrir la sanción impuesta en sede contencioso administrativa, hemos de reiterar y confirmar la jurisprudencia que afirma que la clave para la determinación de la concurrencia de interés legítimo, a efectos de impugnar la resolución dictada en vía administrativa, debe examinarse a la luz de si la acción dirigida a la impugnación de la sanción impuesta puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera jurídica, que se plasme en un interés real.*



*Ya hemos señalado que ese interés, en su faceta positiva o negativa (supresión de una carga o desventaja) no puede identificarse con el interés moral o la satisfacción personal o espiritual del afectado. **El mero interés moral de que se sancione al denunciado, no es suficiente para fundamentar su legitimación** STS de 26 de noviembre de 2002 y de 22 de mayo de 2007 (rec. 6841/2003), STS de 3 de febrero de 2011 (rec. 4728/2007), entre otras.*

En definitiva, no debe confundirse el interés legítimo con una satisfacción personal o moral del denunciante/perjudicado, ni sustentar su legitimación en el intento de paliar "el ataque moral sufrido, provocando una cicatrización de la herida espiritual sufrida" o en su "desasosiego y desmoralización", tal y como pretende la sentencia recurrida en casación.** Cuando el denunciante/perjudicado lo que pretende discutir en sede jurisdiccional es la gravedad de la infracción y sanción impuesta, y para ello **aduce un perjuicio a su esfera moral, que no le reporta un beneficio o ventaja material alguno, fuera de la satisfacción personal en que se cumpla con la legalidad y se imponga la sanción que él considera justa y adecuada, se confunde el interés legítimo con un interés por la defensa de la legalidad, que no queda amparada en nuestro ordenamiento jurídico fuera de los excepcionales supuestos en los que se reconoce una acción pública.

Quedando el debate jurídico de la situación planteada zanjado de forma clara, el TS aporta adicionalmente una lectura sistematizada de la jurisprudencia sobre la legitimación del denunciante ante el orden contencioso-administrativo que se constituye una aportación muy práctica para analizar la cuestión. En el siguiente

apartado reproduciremos de forma ordenada estas conclusiones que recoge el TS.

III. CRITERIOS DEL TS SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE EN UN PROCESO SANCIONADOR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

A) LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EL INTERÉS LEGÍTIMO.

El procedimiento sancionador se regula ahora como una especialidad del procedimiento administrativo que se inicia de oficio, pero antes de la iniciación pueden hacerse una serie de actos o actuaciones previas entre las que estaría el de recepción de una denuncia. El artículo 62.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) define la **denuncia** como el 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. Una vez presentada la denuncia la Administración debe analizar si el denunciante puede o debe ser interesado en el procedimiento administrativo sancionador. A este respecto añade el artículo 62. 5 LPACAP que **la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento.**



El interesado en el procedimiento administrativo tiene un contenido amplio, definiéndose en el artículo 4 de la LPACAP del siguiente modo:

- a) Quienes promuevan el procedimiento administrativo como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Así las cosas, la primera decisión sobre la situación del denunciante como interesado en el procedimiento debe verse en la tramitación del mismo y los criterios que exterioriza y resume el TS pueden servir de guía para analizar cuando puede concurrir un interés legítimo que ampare la intervención del denunciante como interesado.

Por otro lado, la **legitimación en el ámbito contencioso-administrativo** se encuentra regulada en los artículos 19 a 21 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) que determina que gire en torno al interés legítimo en la pretensión ejercitada. Die el artículo 19.1 a) de la LJCA que están **legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.**

Se colige de lo anterior que el interés legítimo debe ser analizado caso por caso y que una labor relevante

consiste en que el mismo quede correctamente identificado y de forma concreta y precisa: *"de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto"* [SSTS de 13 de diciembre de 2005 (recurso 120/2004) y 20 de marzo de 2012 (recurso 391/2010)].

B) CRITERIOS SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE RECOGIDOS POR LA STS Nº 68/2019 DE 28 DE ENERO DE 2019.

Sobre la legitimación del denunciante el Tribunal Supremo fija ciertos elementos esenciales en la sentencia comentada (FJ 2º STS nº 68/2019 de 28 de enero de 2019) que en este comentario resumimos del siguiente modo:

1. Denunciante no es lo mismo que interesado; por el simple hecho de su denuncia, el denunciante no tiene interés legitimador para exigir la imposición de sanciones.

Como regla general, **el denunciante, por el simple hecho de su denuncia, no tiene interés legitimador para exigir la imposición de sanciones**, sean pecuniarias o de otro tipo. Así, se ha afirmado de forma reiterada que *"ciertamente, de la condición de denunciante, únicamente y por sí misma, no se deriva legitimación para impugnar la resolución que pone fin al procedimiento sancionador, pues como se viene reiteradamente sosteniendo por la jurisprudencia **el concepto de denunciante no es coincidente con el de parte interesada** o titularidad de un derecho o interés legítimo en palabras del art. 19 de la LJCA "*. (STS, Sala Tercera de 18 de mayo de 2001 -recurso



86/1999 - que recoge sentencias anteriores de 16 de marzo de 1982 y 28 de noviembre de 1983).

2. La legitimación del denunciante depende de que sea titular de un interés legítimo.

El denunciante podrá tener legitimación cuando además de ser denunciante, sea titular de un interés legítimo. En este sentido, la STS de 24 de enero de 2000, sostiene que el denunciante puede tener legitimación activa cuando *"la anulación del acto que se recurre produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado"*. Es por ello, que en la determinación de cuando existe o no ese beneficio o perjuicio hay que acudir a cada supuesto concreto. El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de enero de 2001, ha señalado que *"[...] el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera, y será así, **en cada caso, y en función de lo pretendido**, como pueda darse la contestación adecuada a tal cuestión, no siéndolo la de que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés"*. (SSTS de 21 de noviembre de 2005, 30 de noviembre de 2005 y más recientemente STS de 22 de mayo de 2007 (rec. 6841/2003).

3. Puede considerarse interés legítimo que el órgano administrativo desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular.

Se ha reconocido la legitimación activa del denunciante cuando el interés que hace valer en la demanda se centra en **que se desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular** que merezca una respuesta en el marco de atribuciones del órgano competente para sancionar (SSTS, Sala Tercera, Sección 7ª, de 13 de octubre de 2004 (rec. 568/2001), 17 de marzo de 2005 (rec. 44/02), 5 de diciembre de 2005 (rec. 131/2002), 26 de diciembre de 2005, 19 de octubre de 2006 (rec. 199/2003) y 12 de febrero de 2007 (rec. 146/2003), entre otras). Por ello, **se ha admitido legitimación para impugnar el archivo de un procedimiento sancionador cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción sino que el órgano administrativo desarrolle una actividad de investigación y comprobación suficiente a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular** que merezca una respuesta en el marco de las atribuciones que dicho órgano tiene encomendadas (por todas STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 12 de febrero de 2007 (rec. 146/2003)).

4. La regla general es que no hay legitimación para solicitar la imposición de una sanción o agravación de la ya impuesta por no considerarse un beneficio o ventaja que se corresponda con un interés legítimo.

Sin embargo, **se ha negado legitimación para solicitar la imposición de una sanción o agravación de la ya impuesta**. La jurisprudencia se asienta en la idea de que la imposición o no de una sanción, y con mayor motivo cuando lo que se pretende es cuestionar



la gravedad de la sanción impuesta, **no produce, como regla general, efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera** (SSTS de 25 de marzo de 2003 y las que en ella se citan de 12 de diciembre de 2012, 19 de diciembre de 2017 y STS nº 1033/2018, de 18 de junio (rec. 178/2017)). Partiendo de esta consideración, se afirma que *"el interés determinante de la legitimación de un denunciante no comprende, [...] que esa actuación investigadora termine necesariamente con un acto sancionador"* (STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 14 de diciembre de 2005 (rec. 101/2004) y STS de 13 de octubre de 2004 (rec. 568/01)). Esta jurisprudencia ha llevado a esta Sala a denegar la legitimación en numerosos supuestos de actores que reclamaban alguna sanción ante el Consejo General del Poder Judicial, en materia de disciplina de entidades bancarias (STS de 24 de enero de 2.007 rec. 1.408/2.004) o en materia de contabilidad (STS de 11 de abril de 2.006 -RC 3.543/2.003), entre otras.

Así, la jurisprudencia ha descartado que puedan considerarse como beneficios o ventajas la mera alegación de que "la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés" (STS de 23 de mayo de 2003 y 3 de noviembre de 2005). La STS de 26 de noviembre de 2002 ha afirmado que *"el denunciante ni es titular de un derecho subjetivo a obtener una sanción contra los denunciados, ni puede reconocérsele un interés legítimo a que prospere su denuncia, derecho e interés que son los presupuestos que configuran la legitimación, a tenor del artículo 24,1 de la Constitución y del art. 31 de la Ley 30/92, sin que valgan como sostenedores de ese interés los argumentos referidos a que se corrijan las irregularidades, o a que en el futuro no se*



produzcan, o a la satisfacción moral que comportaría la sanción, o la averiguación de los hechos, para el denunciante [...]". Jurisprudencia que ha permanecido constante en las STS de 12 de diciembre de 2012, de 19 de diciembre de 2017 y de 14 de junio de 2018 (rec. 474/2017) entre otras muchas, afirmándose que **no se ostenta legitimación para la imposición o no de una sanción por entender que "no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera"**.

5. Se podría admitir legitimación cuando el interés en que se imponga una sanción pudiese tener incidencia directa en su esfera patrimonial.

Elo no impide apreciar la existencia de un interés legítimo en algunos casos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 11 de abril de 2006 (rec. 2543/2003) señalaba que "[...] Así, si bien no existe legitimación para pretender en abstracto la imposición de una sanción y, por tanto, para incoar un expediente sancionador, **no puede excluirse que en determinados asuntos el solicitante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones), lo que le otorgaría legitimación para solicitar una determinada actuación inspectora o sancionadora (en este sentido, sentencia de 14 de diciembre de 2005, recurso directo 101/2004)"** y la STS 21 de septiembre de 2015 (rec. 4179/2012) **lo ha admitido cuando el interés en que se imponga una sanción pudiese tener incidencia directa en su esfera patrimonial**. También se ha reconocido cuando



le reporte ventajas que no necesariamente ha de vincularse con la posibilidad de obtener una reparación por los daños y perjuicios causados por la conducta denunciada, sino que **puede traducirse en la adopción de diversas medidas correctoras en defensa de la competencia, como las destinadas a acordar el cese de la conducta infractora que le perjudica** (STS de 19 de octubre de 2015 (rec. 1041/2013) **o la obtención de beneficios competitivos** (STS de 18 de junio de 2014 (rec. 2096/2013), 17 de julio de 2014 (rec. 3471/2013).

6. Para que pueda haber legitimación no cabe invocar un mero interés formal.

Finalmente, **se ha negado esa legitimación cuando se invoca un mero interés moral** afirmándose que *"sin que valgan como sostenedores de ese interés los argumentos referidos a que se corrijan las irregularidades, o a que en el futuro no se produzcan, o a la satisfacción moral que comportaría la sanción, o la averiguación de los hechos, para el denunciante, (...)"* (STS, de 26 de noviembre de 2002 y de 22 de mayo de 2007 (rec. nº 6841/2003).

**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 Verdana¹⁰⁸. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso

¹⁰⁸ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

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 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 un 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