reALA

Número 19
Nueva época
Abril, 2023

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Sección monográfica. Los diez años transcurridos desde la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local

Presentación
Introduction
Barrero Rodríguez, Concepción 6-7

Las competencias locales diez años después de la LRSAL
State of local competences ten years after the LRSAL
Carbonell Porras, Eloísa 8-28

Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL
Some reflections on public services and local economic initiative: Taking stock after ten years of the LRSAL's approval
Montoya Martín, Encarnación 29-58

Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación
A possible special regime for small municipalities: justification, nature, content and implementation
Almeida Cerreda, Marcos 59-81

Artículos

Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de *cuota litis*
On the procedure for the procurement of legal services of jurisdictional defense and the possibility of remuneration by means of a litigation fee agreement
Gimeno Feliú, José María 82-99

Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible
Exceptional cost in the implementation of public procurement contracts: between the ius variandi *and unforeseeable risk*
Cano Campos, Tomás 100-124

La despoblación en España: Balance de las políticas públicas implantadas y propuestas de futuro
Depopulation in Spain: Balance of the implemented public policies and proposals for the future
Bello Paredes, Santiago A. 125-147

Municipios y patrimonio cultural: hacia un posible reajuste del sistema de protección de los bienes culturales inmuebles
Local authorities and cultural heritage: towards a possible readjustment of the cultural buildings protection system
Sánchez-Mesa Martínez, Leonardo J. 148-171

Las cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas
Social and environmental clauses in public subsidies
Román Márquez, Alejandro 172-196

Gobierno de España · Ministerio de Hacienda y Función Pública · INAP Instituto Nacional de Administración Pública

https://inap.es
https://revistasonline.inap.es

2022 Calidad Revistas Científicas Españolas FECYT

ISSN: 1989-8975 – https://doi.org/10.24965/reala.19.2023 – https://reala.inap.es

reALA

Número **19**
Nueva época
Abril, **2023**

Administración Local y Autonómica

ISSN: 1989-8975
DOI: https://doi.org/10.24965/10.24965/reala.19.2023
https://inap.es
https://reala.inap.es

Directora del INAP: Consuelo Sánchez Naranjo
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Director de la Revista: José María Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Coordinación:
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

Redacción y administración:
Atocha, 106, 28012 Madrid
Tel.: 91 273 91 62
correo electrónico: reala@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975
NIPO: 100-22-013-X
Depósito legal: M-1.582-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:
https://publicacionesoficiales.boe.es/

COMITÉ EDITORIAL

Directora del INAP: Consuelo Sánchez Naranjo, Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado (INAP) (España)

CONSEJO DE REDACCIÓN

José María Baño León (Director), Universidad Complutense de Madrid (España).
Lucía Alarcón Sotomayor (Secretaria), Universidad de Córdoba (España).
Carmen Martín Fernández (Secretaria-Gestora editorial), Universidad de Córdoba (España).

Vocales

Concepción Barrero Rodríguez, Universidad de Sevilla (España). Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (España). Silvia Díez Sastre, Universidad Autónoma de Madrid (España). Gianluca Gardini, Universidad de Ferrara (Italia). Rosa Fernanda Gómez González, Universidad de los Andes (CHILE). Alejandro Huergo Lora, Universidad de Oviedo (España). Belén Noguera de la Muela, Universidad de Barcelona (España). Manuel Rebollo Puig, Universidad de Córdoba (España). José Carlos Vieira de Andrade, Universidad de Coímbra (Portugal). Diego Zegarra Valdivia, Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú).

Editor técnico: Roberto Tomé Pérez, INAP (España)

CONSEJO CIENTÍFICO CONSULTIVO

Francesco Bilancia, Universidad de Chieti-Pescara (Italia). Héctor Santaella Quintero, Universidad de Externado (Colombia). Fabio Medina Osorio, Universidad Rio Grande del Sur | IIEDE (Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado) | Fiscal General (Brasil). Giuseppe Piperata, Universidad Iuav de Venecia (Italia). Juan Díez Sánchez, Universidad de Alicante (España). Raúl Letelier Wartenberg, Universidad de Chile (Chile). Julián Valero Torrijos, Universidad de Murcia (España). Gabriel Domenech Pascual, Universidad de Valencia (España). José Luis Blasco Díaz, Universidad Jaume I de Castellón (España). Eva Desdentado Daroca, Universidad de Alcalá (España). Mercedes Fuertes López, Universidad de León (España). José María Rodríguez de Santiago, Universidad Autónoma de Madrid (España). Hans Christian Röhl, Universidad de Konstanz (Alemania). Eduardo Cordero Quinzacara, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Silvia del Saz Cordero, UNED (España). Martin Burgi, Ludwig-Maximiliams-Universität München (Alemania). Marco Dugato, Universidad de Bolonia (Italia). Eloy García López, Universidad Complutense de Madrid (España). Germán Fernández Farreres, Universidad Complutense de Madrid (España). Francisco López Menudo, Universidad de Sevilla (España). Eloisa Carbonell Porras, Universidad de Jaén (España). Marcos Vaquer Caballería, Universidad Carlos III de Madrid (España). Alessandra Pioggia, Universidad de Perugia (Italia). Edorta Cobreros Mendazona, Universidad del País Vasco (España). Francisco José Villar Rojas, Universidad de La Laguna (España). Joan Manuel Trayter Jiménez, Universidad de Girona (España). José María Gimeno Feliu, Universidad de Zaragoza (España). Luis Miguez Macho, Universidad de Santiago de Compostela, (España).

La **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica**, publicada desde el año 1985 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), es la sucesora de la revista Estudios de la Vida Local (REVL), publicación iniciada por el Instituto de Estudios de Administración Local en 1942. Está dirigida a un público formado por académicos, investigadores, expertos y en general a todos aquellos profesionales interesados por los ámbitos del Gobierno y de la Administración local y autonómica. Tiene carácter multidisciplinar, especialmente en aquellas ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del objeto de la revista: derecho, ciencia de la administración, ciencia política, gestión pública, sociología y economía. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica** es una publicación de periodicidad semestral (abril-octubre) editada en formato digital que asume los criterios de exigencia aplicados en aquellas revistas que gozan de máximo reconocimiento internacional, empezando por la selección (mediante evaluación anónima por pares) de trabajos originales y conformes a las directrices para autores. En la evaluación participan revisores externos nacionales e internacionales ajenos al Consejo de Redacción y al INAP.

La **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica** se publica bajo bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

Sumario / *Table of contents*

Sección monográfica. Los diez años transcurridos desde la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local

Presentación
Introduction
Barrero Rodríguez, Concepción 6

Las competencias locales diez años después de la LRSAL
State of local competences ten years after the LRSAL
Carbonell Porras, Eloísa 8

Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL
Some reflections on public services and local economic initiative: Taking stock after ten years of the LRSAL's approval
Montoya Martín, Encarnación 29

Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación
A possible special regime for small municipalities: justification, nature, content and implementation
Almeida Cerreda, Marcos 59

Artículos

Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de *cuota litis*
On the procedure for the procurement of legal services of jurisdictional defense and the possibility of remuneration by means of a litigation fee agreement
Gimeno Feliú, José María 82

Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible
Exceptional cost in the implementation of public procurement contracts: between the ius variandi *and unforeseeable risk*
Cano Campos, Tomás 100

La despoblación en España: Balance de las políticas públicas implantadas y propuestas de futuro
Depopulation in Spain: Balance of the implemented public policies and proposals for the future
Bello Paredes, Santiago A. 125

Municipios y patrimonio cultural: hacia un posible reajuste del sistema de protección de los bienes culturales inmuebles

Local authorities and cultural heritage: towards a possible readjustment of the cultural buildings protection system

Sánchez-Mesa Martínez, Leonardo J. 148

Las cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas

Social and environmental clauses in public subsidies

Román Márquez, Alejandro 172

Estudios breves

El refuerzo de la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística bajo la perspectiva del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado

The reinforcement of the normative nature of urban planning instruments from the perspective of Sustainable and Integrated Urban Development

Cerezo Ibarrondo, Álvaro 197

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

La evaluación del desempeño de los empleados públicos

Performance evaluation of public employees

Càmara Mas, Roger 214

Caminando hacia estructuras de gestión local más participativas, inclusivas y representativas en los pequeños ayuntamientos. Gobierno Abierto y cultura administrativa

Towards more participative, inclusive and representative local management structures in small municipalities. Open Government and administrative culture

Díaz Tie, Paula 234

Recensiones

Esther Rando Burgos: Régimen Jurídico de la Gestión Territorial

Esther Rando Burgos: Legal Framework of Territorial Management

Farinós Dasí, Joaquín 250

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: SECCIÓN MONOGRÁFICA. LOS DIEZ AÑOS TRANSCURRIDOS DESDE LA LEY 27/2013
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11214
Páginas: 6-7

Referencia: Barrero Rodríguez, C. (2023). Presentación. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 6-7. https://doi.org/10.24965/reala.11214

Presentación

Introduction

Barrero Rodríguez, Concepción
Universidad de Sevilla (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5500-8662
barrero@us.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, presidenta de la AEPDA. Entre sus líneas de investigación se encuentran la contratación pública, el procedimiento administrativo, el régimen local, el Derecho de la transparencia pública o la ordenación del Patrimonio Histórico.

A finales de este año se cumplirán diez años de la promulgación de la LRSAL, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad local, recibida con gran expectación, pero también con una alta contestación desde los ámbitos más diversos, ante la idea de que la nueva disposición traería consigo una limitación significativa de las competencias municipales, una drástica reducción del número de municipios existentes obligados a fusionarse entre sí o la eliminación de diversas entidades cuya sostenibilidad financiera no estuviese asegurada, entre otras consecuencias.

Bajo el presupuesto, confesado en su Preámbulo, de que la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local (LBRL) "Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local", había diseñado «un modelo competencial que ha dado lugar a disfuncionalidades, generando en no pocos supuestos situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones Públicas, duplicidad en la prestación de servicios, o que los Ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello», la norma, enmarcada en el "Programa Nacional de Reformas" que en 2012 el Estado eleva a la Unión europea, surge así con el ambicioso propósito, explicitado en ese mismo texto, de «clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio "una Administración una competencia", racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas».

El décimo aniversario de la Ley constituye, cuando además desde el Gobierno se nos anuncia una nueva reforma del régimen local vinculada, en esta ocasión, a la "Estrategia Nacional frente al Reto demográfico", un buen motivo para hacer balance de sus medidas, para preguntarse por sus logros y sus fracasos, para valorar, en fin, si sus objetivos han sido cumplidos y en qué medida lo han hecho. Y este es el cometido que nos hemos propuesto desde el equipo de dirección y consejo de redacción de la REALA, comprometida, desde su fundación en 1942 como "Revista de Estudios de la vida local", con «el análisis y difusión de los aspectos legales y jurídicos de la Administración Local». Para la realización de este balance hemos previsto, de una parte, la celebración, en junio de este año, de unas Jornadas en la sede del INAP con la participación de destacados especialistas en la materia, y, de otra, la publicación en el número de la Revista que ahora ve la luz y al que sirven de introducción estas líneas, de una serie de estudios dedicados a algunas de las grandes materias afectadas por la reforma. Se trata de los trabajos de la profesora Carbonell Porras sobre "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", la profesora Montoya Martín ("Reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local") y el profesor Almeida Cerreda sobre "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación".

Somos conscientes de la existencia de otros muchos temas merecedores igualmente de atención y que podrán abordarse en números sucesivos, pero los elegidos constituyen, en todos los casos, unos magníficos exponentes para valorar una modificación legal que, desde luego, no ha sido tan radical y profunda como cabía esperar. Y es que la pregunta que, aun a riesgo de ser simplistas, podríamos hacernos es la de si en 2013 hubo realmente una reforma relevante de nuestro régimen local. Si el objetivo de toda Ley es transformar la realidad existente, si el fin concretamente buscado por la LRSAL era, como señalara el entonces director del INAP, M. Arenilla, «que para una gran parte de nuestros municipios la situación», tras su aprobación, fuera «sustancialmente distinta a la que venían desarrollando con anterioridad», esta norma, tras el tiempo transcurrido, puede considerarse una disposición en buena medida fallida, al margen de sus importantes logros, que no cabe negar, en el ámbito sobre todo de la intervención y el control del gasto. Desde luego, lo es, a nuestro juicio, en el importante ámbito de las competencias locales. Varias razones, que no nos corresponde desarrollar, explican que sus previsiones en la materia no hayan logrado imponerse. Entre las más destacadas, la aparición de un ordenamiento autonómico dictado con el claro propósito de blindar las competencias con las que los municipios contaban en la fecha de la entrada en vigor de la Ley y un Gobierno, ya en esa fecha, poco beligerante a la hora de mantener sus objetivos iniciales y de defender una interpretación y aplicación de la norma dictada favorable a una efectiva reordenación de las competencias municipales. Al contrario, las sucesivas “Notas explicativas” que el Ministerio competente ira dictando sobre la aplicación de la Ley y los acuerdos alcanzados con diferentes Comunidades Autónomas en el seno de las Comisiones bilaterales reunidas con el fin de resolver las discrepancias que eviten un conflicto constitucional ante algunas de esas previsiones autonómicas, contribuirán decididamente al mantenimiento del *status quo* anterior a la reforma, que se consolidará definitivamente con la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional de las modificaciones introducidas en los preceptos reguladores de las competencias locales y la declaración de inconstitucionalidad de algunas de sus previsiones, como la que preveía la participación del entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la forma de prestación de los servicios municipales mínimos «directamente por la diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida».

Ahora bien, nuestro propósito no es solo el de dejar constancia, en cada uno de los ámbitos abordados, de las dificultades que la LRSAL ha encontrado en su aplicación y de su grado de implantación efectiva. Nos interesa ahondar en sus causas para, en su caso, no repetir sus errores, convencidos, como estamos, de la oportunidad de una reforma del régimen local de 1985, que, entre otros extremos, afronte la necesaria reordenación del mapa de prestación de los servicios locales, o la adecuación de las competencias municipales a la realidad representada por entidades de muy diferente tamaño y características igualmente muy distintas. Una reforma que necesariamente debe producirse, lo que no se hizo con ocasión de la promulgación de la LRSAL, en el contexto de una reflexión más amplia sobre la vertebración del Estado en sus diferentes niveles en la que quede clarificada, que hoy no lo está, cual es la función que corresponde cumplir al escalón intermedio de gobierno local y a las entidades que lo integran. Un debate en el que, por supuesto, habrá que tener en cuenta la dimensión económica que implica siempre cualquier reorganización del territorio, pero sin que este sea, desde luego, el único factor a considerar como parece que ocurrió, esa fue al menos la imagen que se transmitió, durante todo el proceso de elaboración de la LRSAL. Y un debate que debe ir acompañado de los necesarios consensos entre los distintos territorios y las diferentes fuerzas políticas. La organización territorial de un Estado, el reparto del poder entre las distintas instancias que lo integran, constituye una cuestión fundamental que requiere para asegurar su éxito del mayor acuerdo posible, especialmente obligado en un Estado descentralizado en el que las Comunidades Autónomas, como nos han recordado las distintas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL, cuentan con importantes competencias para la articulación de su territorio y la definición del régimen de las entidades locales.

La reforma del régimen local es, en definitiva, necesaria y esta Revista quiere contribuir a ello –seguro que surgirán otras muchas propuestas y aportaciones desde otros foros– con el análisis de la situación actual al cumplirse los diez años de la última reforma legal importante, no solo para hacer balance de ella, sino también porque este ha de ser el presupuesto ineludible para la reflexión de que otra reforma es necesaria, que, desde luego, puede avanzarse que no será una circunscrita al ámbito de la España vacía, o vaciada, que hoy acapara todo la atención, toda vez que las grandes áreas urbanas presentan también problemas y necesidades merecedores de atención.

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: SECCIÓN MONOGRÁFICA. LOS DIEZ AÑOS TRANSCURRIDOS DESDE LA LEY 27/2013
Recibido: 01-03-2023
Modificado: 30-03-2023
Aceptado: 31-03-2023
Prepublicado: 14-04-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11192
Páginas: 8-28

Referencia: Carbonell Porras, E. (2023). Las competencias locales diez años después de la LRSAL. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 8-28. https://doi.org/10.24965/reala.11192

Las competencias locales diez años después de la LRSAL[1]

State of local competences ten years after the LRSAL

Carbonell Porras, Eloísa
Universidad de Jaén (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1127-1730
eloisa.carbonell@ujaen.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Jaén. Sus principales líneas de investigación se centran en el Derecho de la Organización en general y el Derecho local y los órganos colegiados en particular, así como en el Derecho Público del transporte y la movilidad, además de otros temas como los relativos a la legitimación y los intereses colectivos o la economía colaborativa.

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto el estudio de las competencias locales en la actualidad, teniendo en cuenta los cambios que introduce en 2013 la LRSAL y la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional. A tal fin, se analizan en primer lugar la tipología de competencias de las entidades locales genéricamente previstas en el artículo 7 LBRL y, sobre su base, las competencias propias de municipios y provincias (y entidades equivalentes), así como las delegadas.

PALABRAS CLAVE

Derecho local; competencias locales; competencias municipales; competencias provinciales.

ABSTRACT

The purpose of this article is to study local competences at present situation taking into account the changes introduced in 2013 by LRSAL and the interpretation made by the Constitutional Court. To this end, the study analizes the typology of competences of local entities which are generally regulated in article 7 LBRL and, on its basis, we also study the specific competences of the municipalities and provinces (and equivalent entities), as well as those which can be delegated.

KEYWORDS

Local law; local competences; municipal competences; provincial competences.

SUMARIO

I. ALGUNA CONSIDERACIÓN PREVIA Y GENERAL. II. LAS COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES: TIPOLOGÍA Y PRINCIPALES CARACTERES. II.1. EL ARTÍCULO 2 LBRL COMO PUNTO

[1] Grupo PAIDI SEJ-630: “Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico” (APCI), que coordino en la Universidad de Jaén, Proyecto I+D para jóvenes doctores de la Universidad Rey Juan Carlos I con Ref. V-1157, que dirige María Hernando Rydings, así como el grupo de investigación de la Universidad Complutense de Madrid “Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa”, con el que colaboro.

DE PARTIDA. II.2. LAS COMPETENCIAS PROPIAS Y DELEGADAS EN GENERAL. II.3. OTRAS ACTIVIDADES Y SERVICIOS DISTINTOS DE LAS COMPETENCIAS PROPIAS O DELEGADAS. III. LAS COMPETENCIAS PROPIAS DE LOS MUNICIPIOS. III.1. EL LISTADO DEL ARTÍCULO 25.2 LBRL. III.2. OTRAS COMPETENCIAS PROPIAS ATRIBUIDAS POR LEY. III.3. RECAPITULACIÓN Y REFLEXIÓN SOBRE LAS COMPETENCIAS QUE LOS MUNICIPIOS EJERCEN EN RÉGIMEN DE AUTONOMÍA Y BAJO SU PLENA RESPONSABILIDAD. IV. LAS COMPETENCIAS PROPIAS DE LAS PROVINCIAS (Y ENTIDADES EQUIVALENTES). IV.1. ALGUNAS PUNTUALIZACIONES PREVIAS Y GENERALES: LOS FINES DE LA PROVINCIA, EL DEBATE SOBRE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES Y LAS NUEVAS ENTIDADES EQUIVALENTES. IV.2. LAS COMPETENCIAS PROPIAS DEL ARTÍCULO 36.1 LBRL. LA CONFUSA REDACCIÓN VIGENTE. IV.3. LA ASISTENCIA Y LA COOPERACIÓN JURÍDICA, ECONÓMICA Y TÉCNICA A LOS MUNICIPIOS. IV.4. LA GARANTÍA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MUNICIPALES OBLIGATORIOS: LA COORDINACIÓN DE LOS SERVICIOS MUNICIPALES ENTRE SÍ Y EL PLAN PROVINCIAL DE OBRAS Y SERVICIOS. V. LAS COMPETENCIAS DELEGADAS EN MUNICIPIOS Y PROVINCIAS. VI. REFLEXIÓN FINAL. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. ALGUNA CONSIDERACIÓN PREVIA Y GENERAL

Ahora se cumplen diez años de una de las reformas de la legislación básica de régimen local que se calificó como de máxima trascendencia, aunque profundamente cuestionada: la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante, LRSAL). Su aprobación se justifica en el principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y el plan de reformas de las Administraciones públicas de 2013. Entre otras cosas, modifica el sistema de competencias locales con la finalidad de evitar las duplicidades con las de otras Administraciones públicas y la intención de hacer efectivo el principio de «una Administración, una competencia». No se trata de una preocupación nueva: el artículo 31 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 prescribía que «se evitará la duplicidad de servicios prestados por otros organismos públicos con competencia especialmente instituida para el desarrollo de los mismos». Además, en las recomendaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas antes de la LARSAL, se insiste en la necesidad de combatir la duplicidad de actuaciones y el solapamiento de competencias no sólo entre distintas entidades locales, y abordar integralmente la regulación de las funciones encomendadas a la Administración local, mediante la atribución de un elenco cerrado de competencias precisas que permitieran garantizar su suficiencia financiera[2]. En línea con este fin, la LRSAL también ha pretendido reforzar la posición institucional de las diputaciones provinciales, los cabildos, los consejos insulares y las entidades equivalentes, que asumirían competencias de los municipios. Pero la pésima calidad técnica de la ley, sus deficiencias, incongruencias y contradicciones que pronto se pusieron de manifiesto han dificultado la efectiva aplicación de sus previsiones. A esto también ha contribuido la rápida reacción de las Comunidades Autónomas que, con diferentes instrumentos jurídicos, coincidieron en mantener los servicios y competencias de las entidades locales como estaban antes de la entrada en vigor de la Ley; y, algo después, la intervención del Tribunal Constitucional, declarando la inconstitucionalidad total o parcial de algunos preceptos e interpretando conforme a la Constitución otros. Todo ello dificulta enormemente comprender la vigente redacción de la LBRL y, con frecuencia, es necesario un esfuerzo interpretativo que no tiene sentido en una norma que deben conocer y aplicar muchas personas sin especiales conocimientos jurídicos. Pero, además, los cambios reales han sido limitados, al menos en los dos objetivos fundamentales que ahora interesan, clarificar las competencias locales y reforzar a las diputaciones provinciales, y, como tendremos ocasión de comprobar, pocos son los que se habrían producido. De este modo, la reforma sólo habría tenido consecuencias relevantes en el gasto local y en el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera hasta el punto de que las entidades locales tienen superávit presupuestario con una fuerte reducción del endeudamiento[3].

Teniendo las anteriores consideraciones presentes, seguidamente se trata de recapitular sobre las pretensiones iniciales del legislador básico estatal, lo que ha sucedido en los diez años transcurridos desde 2013 y el régimen general de las competencias locales en la actualidad. Para ello, se parte de la tipología

[2] Pueden verse los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas 890, 931 y 959. Este último relativo al ejercicio 2010, aprobado por el Pleno en sesión de 20 de diciembre de 2012.

[3] Así lo subraya Baño León (2019, p. 14).

general que establece la LBRL y, sobre su base, se analizan las de las entidades locales constitucionalmente garantizadas: municipios y provincias e islas. No obstante, hay que advertir que el estudio se centra en la legislación básica de régimen local de general aplicación, prescindiendo, por tanto, de los regímenes especiales, como los de Madrid y Barcelona, y de la regulación sobre las competencias locales propia de cada CA, incluidos los estatutos de autonomía que, en algún caso, se refieren con cierto detalle a las competencias de los municipios. Su análisis desbordaría los límites propios de un artículo.

II. LAS COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES: TIPOLOGÍA Y PRINCIPALES CARACTERES

II.1. El artículo 2 LBRL como punto de partida

Desde una perspectiva general y sin perjuicio de ulteriores precisiones, la reforma local de 2013 mantiene la distinción entre competencias locales propias y atribuidas por delegación del artículo 7 LBRL, pues la novedad ha sido la incorporación de un nuevo apartado relativo a las competencias «distintas de las propias y de las atribuidas por delegación». Tampoco se ha cambiado la posibilidad de que las CC.AA encomienden la gestión ordinaria de servicios propios a las provincias y las islas de conformidad con los estatutos de autonomía y la normativa autonómica (artículos 8 y 37.1 LBRL). Pero esto ya estaba previsto en la Ley 12/1983, del proceso autonómico, aunque solo haya tenido consecuencias respecto de las islas, no de las diputaciones provinciales. Como es sabido, los cabildos y los consejos insulares forman parte del sistema institucional autonómico, asumiendo las competencias que establecen los respectivos estatutos y la legislación de desarrollo, además de las que la legislación estatal básica atribuye a las provincias (artículo 41 LBRL).

En la determinación de las competencias locales, es clave el artículo 2 LBRL, que dispone que, para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, las leyes estatales y autonómicas reguladoras de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deben asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en los asuntos que afecten a sus intereses, «atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera». La LRSAL no altera este planteamiento general, aunque se modifica la redacción del precepto respecto de los principios de aplicación, manteniendo el de descentralización, sustituyendo el de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos, por el de proximidad, y añadiendo los de «eficacia y eficiencia y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera[4]». Tales principios son principios constitucionales de general aplicación que ahora tienen mención expresa en la LBRL.

Recordemos que la STC 214/ 1989 precisó que el precepto mantiene y conjuga un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional del legislador estatal en cuanto garantiza unos mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, aunque la concreción detallada de las competencias corresponde al legislador sectorial por razón de la materia. Cuando es el Estado el competente para establecer la legislación sectorial básica podrá referirse a las competencias locales para garantizarles su autonomía, pero, si excede de este contenido, incurriría en inconstitucionalidad por invasión de las competencias autonómicas. Además, las leyes sectoriales deben asegurar las competencias propias de los municipios en ámbitos de interés exclusiva o prevalentemente municipal y, en general, una capacidad de intervención en los asuntos que les afectan tanto más relevante y decisiva cuanto mayor sea el saldo favorable a los intereses municipales. Pero, en una segunda perspectiva que sería el reverso de la misma idea, también considerar los intereses supramunicipales cuya tutela podrá ser conferida a instancias políticas supramunicipales (por ejemplo, cabildos, consejos insulares, diputaciones o comunidades autónomas) con mecanismos de intervención sobre el ámbito competencial local que limiten la autonomía municipal o

[4] Sobre las consecuencias de la supresión de la «máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos» se ha pronunciado Mellado Ruiz (2014). Pero coincido con Míguez Macho (2014, p. 526), que ha restado importancia a este cambio con apoyo en el artículo 4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local: «El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos». Además, la propia LBRL se refiere al municipio como la entidad básica de la organización territorial del Estado y cauce inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos (artículos 1 y 11).

provincial, pero siempre que la previsión de tales mecanismos se condicione al cumplimiento de una serie de condiciones y requisitos (SSTC 82/2020, 107/2017).

De esta forma, aunque no existe en la Constitución una reserva de competencias a las entidades locales, la autonomía constitucionalmente garantizada asegura el derecho de municipios, provincias e islas a «intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses». Los legisladores, estatal y autonómico, concretan el alcance de este derecho en los diferentes ámbitos de la acción pública, valorando, entre otras cosas, los intereses supralocales presentes en cada uno, pero, aceptando una amplia disponibilidad al respecto, sería contrario a la Constitución que, en presencia de intereses locales, no se garantice su intervención. En todo caso, es importante retener que el artículo 2 LBRL se refiere a las «características de la actividad pública» y «la capacidad de gestión» lo que implica que la concreción de las competencias no tiene que ser necesariamente igual en todas las materias y respecto de todos los municipios. Así está previsto desde la redacción inicial de la LBRL y lo reconoce la Carta Europea de Autonomía Local, al precisar que «la atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía». Sin embargo, el legislador ha ignorado estos parámetros de forma sistemática. Y esto resulta especialmente grave para los municipios más pequeños, que no tienen capacidad para gestionar muchas de las competencias que la ley atribuye de forma indiscriminada a todos ellos, incluso en la actualidad que parece existir una especial preocupación por su régimen jurídico en la lucha contra la despoblación[5]. Además, con frecuencia las leyes se refieren genéricamente a las competencias de las entidades locales o de las administraciones públicas en su conjunto, sin concretar qué corresponde a los municipios, a las diputaciones provinciales u otras entidades locales. Pero todo esto ni es nuevo ni de fácil solución. Basta recordar ahora las páginas que se dedicaron al pacto local y a la necesaria descentralización en las entidades locales que tanto preocupó en el siglo pasado, y su limitada o nula aplicación en la práctica, incluso de las normas especialmente destinadas a su desarrollo.

II.2. Las competencias propias y delegadas en general

Las competencias propias de las entidades locales territoriales sólo podrán ser determinadas por la Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones públicas. La coordinación procede cuando «las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio…, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas» (artículo 10 LBRL). La coordinación tiene como finalidad asegurar la coherencia de la actuación de todas las administraciones públicas como refiere el artículo 59 LBRL, e implica un poder de dirección que condiciona a las entidades locales que, aunque en todo caso conservan la titularidad de la competencia, están limitadas en su ejercicio para proteger los intereses de otras entidades locales o de las administraciones estatal y autonómica[6]. En todo caso, la reserva de ley pretende garantizar un mínimo competencial indisponible para el reglamento y su ejercicio está amparado por la autonomía constitucionalmente garantizada lo que condiciona y limita las técnicas de control sobre las mismas, especialmente respecto de las que pueden ejercer las CC.AA[7]. Ninguno de estos límites resulta aplicable cuando se ejercen competencias delegadas.

En efecto, la delegación de una competencia supone, como es sabido, que se cede el ejercicio conservándose en todo caso la titularidad, y, en consecuencia, cabe cualquier técnica de dirección y control de oportunidad que se establezca. Así lo prevé expresamente el artículo 27 LBRL que, aunque está dedicado a la delegación de competencias a los municipios, resulta de aplicación general por expresa remisión del

---

[5] En la legislación estatal tenemos un ejemplo muy reciente, que es la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción que implementa la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. La Directiva permite que los Estados miembros dispensen de algunas obligaciones a los municipios de menos de 10.000 habitantes. La Ley no lo hace para ningún municipio, ni siquiera para los de menos de 5.000 habitantes y obliga a todas las entidades del sector público a disponer del Sistema de Información Interno, sin perjuicio de que los municipios de menos de 10.000 habitantes podrán compartirlo (artículos 13 y 14). Esto es una muestra más de la escasa preocupación que las leyes han dedicado a los municipios pequeños como he señalado recientemente en Carbonell Porras (2023).

[6] Una síntesis de la doctrina constitucional sobre la coordinación de las competencias locales, puede verse en la STC 82/2020, a propósito de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana (F. J. 6.º).

[7] La LBRL regula en los artículos 65 y 66 los mecanismos de control sobre los actos de las entidades locales por la jurisdicción contencioso-administrativa que, en lo esencial, limitan a las Administraciones autonómicas, que son las condicionadas por la legislación estatal básica. Un análisis general de las técnicas de tutela sobre las entidades locales en Rebollo Puig (2019, pp. 43 y ss.).

artículo 37.3 LBRL respecto de las delegaciones a favor de las diputaciones provinciales. Por ello, he optado por un análisis conjunto con posterioridad. No obstante, se advierte que la redacción inicial del artículo 7.3 LBRL imponía un límite a las técnicas de dirección y control que podían fijarse en la delegación, el obligado respeto a la potestad de autoorganización de los servicios de la entidad local, que ha suprimido la LRSAL. La potestad de organización está intrínsecamente unida a la noción de autonomía en general y más aún cuando nos referimos a la autonomía constitucionalmente garantizada como la que se reconoce a municipios, provincias e islas, luego también debería respetarse cuando se delegan competencias. Pero lo cierto es que el legislador limita y restringe la potestad de organizar los propios servicios en aplicación de otros principios que lo justifican sin que ello implique una violación constitucionalmente reprobable. Así, el artículo 85.2 LBRL condiciona el recurso a la gestión directa por entidad pública empresarial o sociedad mercantil a la previa acreditación de que resulta más sostenibles y eficientes que la gestión directa por la propia entidad local o por un organismo autónomo, y, a tal fin, se exigen la memoria y los informes que lo justifiquen. También la LCSP ha previsto restricciones al empleo de los medios propios frente al contrato de gestión de servicios públicos o la legislación sectorial impone límites al respecto como hace ya tiempo impuso la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, al establecer una clara preferencia por la gestión de los servicios públicos de transporte por la empresa a la que se adjudique el contrato (artículo 71). Además, estas reglas son de general aplicación, se trate de gestionar servicios propios o por delegación, y locales o autonómicos. Por lo tanto, la potestad de organización también puede ceder por exigencias de otros principios como los de eficacia, eficiencia, sostenibilidad financiera o libre concurrencia. Y este planteamiento general no es incompatible con que concretas imposiciones no justificadas sean inconstitucionales por atentar contra la autonomía local.

II.3. Otras actividades y servicios distintos de las competencias propias o delegadas

En línea con los fines generales de la reforma, se trata de dificultar que las entidades locales puedan asumir competencias coincidentes con las del Estado y especialmente con las de las CC.AA, que han ocasionado las combatidas duplicidades competenciales[8]. Para ello, la LRSAL introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 7 LRBRL, relativo al ejercicio por las entidades locales de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, que está en consonancia con la supresión de los artículos 28 y 36.1.e) LBRL[9]. Como es sabido, el primero habilitaba a los municipios para realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente; y, el segundo reconocía a las diputaciones provinciales, como una competencia propia, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia. El legislador pretende condicionar cualquier intervención de las entidades locales, al margen de las competencias propias y delegadas: sólo podrán actuar «cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, … y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública». Para asegurar el cumplimiento de estas limitaciones se exigen dos informes previos y vinculantes. Uno, emitido por la Administración que tenga atribuida la tutela financiera, sobre la sostenibilidad financiera, lo que remite a la definición que realiza el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera: «se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea». El otro informe corresponde a la Administración competente por razón de materia, y debe señalar «la inexistencia de duplicidades». Las dudas que suscita el contenido de este segundo informe son fácilmente apreciables. Además de qué no siempre resulta sencillo apreciar quién es competente por razón de la materia, el informe se refiere a las duplicidades, concepto vago e impreciso, cuando lo que se quiere evitar es la ejecución simultánea de un mismo servicio público, y resulta obvio que no son conceptos equivalentes, aunque la LARSAL parece

[8] Recordemos que ya el artículo 31 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 prescribía que «se evitará la duplicidad de servicios prestados por otros organismos públicos con competencia especialmente instituida para el desarrollo de los mismos». Adviértase, no obstante, que lo que habría que evitar es la duplicidad de servicios, que no es lo mismo que competencias.

[9] Estas competencias fueron calificadas inicialmente como impropias. Puede verse Galán Galán (2012a, pp. 329 y ss.; 2012b *in totum*).

ignorarlo[10]. Tal vez esta sea una de las razones por las que no parece que este informe se esté solicitando y evacuando, como se verá. Pero, además, en esta obsesión por perseguir lo que en términos sumamente imprecisos serían duplicidades, no se ha tenido en cuenta que con frecuencia la intervención de las entidades locales en materias en las que formalmente no han recibido concretas competencias (atribuidas como propias por la Ley o delegadas) está expresamente amparada por las leyes sectoriales que se refieren genéricamente a las entidades locales e incluso a todas las administraciones públicas o entidades integrantes del sector público administrativo. Y esto, que ha sido así desde la aprobación de la LBRL, no ha cambiado con la reforma llevada a cabo por la LRSAL, de modo que la intervención de las entidades locales en diferentes materias, incluidas las del derogado artículo 28, ha encontrado cobertura en las diferentes leyes sectoriales[11]. Recordemos a estos efectos que la disposición transitoria segunda de la LBRL ya dispuso en 1985 que los municipios «ostentaran, además, en las materias a que se refiere el artículo 28 de esta Ley, cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por dicha legislación sectorial a otras Administraciones Públicas».

Sobre el alcance del artículo 7.4, se ha pronunciado la STC 41/2016, con una interpretación alejada de la intención del legislador. Para el TC, «encierra una regla habilitante general que permite a los entes locales el ejercicio de competencias no atribuidas específicamente, aunque solo ante exigentes condiciones» que «no se proyectan sobre el sentido que haya de dar el ente local a la competencia, sino sobre la posibilidad misma de su ejercicio[12]». De este modo, los informes podrán impedir que la entidad local acometa esa nueva actividad para proteger intereses supralocales, vinculados a la racionalización de las Administraciones públicas, la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria, pero se vulneraría la autonomía local, añade el TC, si, mediante dichos informes, se impidiera la participación de los municipios en ámbitos relevantes de interés local exclusivo o predominante[13]. Además, el TC ha precisado que no cabe identificar duplicidad con la complementariedad del antiguo artículo 28 LBRL, que no es necesariamente «duplicada» a efectos del nuevo artículo 7.4 LBRL, esto es, una tarea incursa por definición en la prohibición de «ejecución simultánea del mismo servicio público» por parte de varias Administraciones públicas (STC 107/2017)[14]. Corresponde a las CC.AA concretar qué se entiende por duplicidad, luego los problemas que, bajo la óptica de la autonomía local constitucionalmente garantizada, pudieran derivar del desarrollo o aplicación de un concepto excesivamente amplio de duplicidad o alejado de sus rasgos conceptuales objetivos se imputarán, en su caso, al informe autonómico, pero no al artículo 7.4 LBRL (SSTC 107/2017 y 41/2016). En aplicación de estos planteamientos, la STC 107/2017 concluye descartando que el artículo 7.4 LBRL, suponga la exclusión de la intervención municipal en ámbitos de competencia ejecutiva autonómica en general, y en particular en los relacionados en el derogado artículo 28. Las CC.AA, además, desde el principio, han realizado interpretaciones sumamente flexibles de las circunstancias a tomar en consideración para apreciar si existe o no la duplicidad que teóricamente quiere prohibirse[15].

---

[10] Pueden verse las atinadas críticas de la doctrina a la que remitimos. Entre otros, Font i Llovet y Galán Galán (2014, pp. 22 y ss.); Cuesta Revilla (2014, pp. 102 y 119) o Mellado Ruiz (2015, pp. 23 y ss.).

[11] De entre las leyes estatales sirve como ejemplo la reciente Ley 1/2023, de 20 de febrero, de Cooperación para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global que, como la derogada Ley 23/1998, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, se refiere a la acción de las entidades locales al respecto; la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de aplicación a todo el sector público: o Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. Y lo mismo sucede con las leyes autonómicas en ámbitos diversos, pero especialmente en las políticas de carácter transversal: juventud, igualdad de género, medio ambiente, protección del menor, …

[12] Así lo sostuvieron inicialmente Font i Llovet y Galán Galán (2014, pp. 34-35).

[13] Jiménez Asensio (2017, p. 230), pone de manifiesto que el TC «abre así el melón de las impugnaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa» de los informes. No obstante, no parece que haya ocurrido así.

[14] El recurso interpuesto por el Parlamento de Cataluña fue el primero en cuestionar la constitucionalidad de la eliminación del artículo 28. La STC 54/2017, en línea con la doctrina de la STC 41/2016 a propósito de los artículos 7.4 y 25 LBRL, sostiene que la sola proscripción de la cláusula general como técnica de distribución de poder local no es contraria por sí misma a la autonomía local.

[15] Es ilustrativo de lo que se indica el artículo 3 de la Ley 5/2014, de Galicia, que relaciona los supuestos en los que no se entiende que se ejerzan nuevas competencias, incluyendo los siguientes: *a)* La continuidad en la prestación de los servicios; *b)* La continuidad de la actividad de fomento prevista en ejercicios anteriores así como la realización de nuevas actuaciones de fomento que habían sido ya establecidas en los proyectos de establecimiento de servicios objeto de los informes de inexistencia de duplicidades y sostenibilidad financiera previstos en esta Ley; *c)* La modificación de la reglamentación de los servicios, de sus modalidades de prestación o de la situación, deberes y derechos de las personas usuarias, cuando no conllevara la realización de nuevas actividades prestacionales por los servicios ya establecidos o, aunque las conllevara, no supusieran una modificación sustancial de las condiciones de prestación del servicio, de la realización de la actividad o de su financiación, o bien su ejercicio no supusiera la asunción de nuevas obligaciones financieras para la entidad local de acuerdo con la memoria económica justificativa que deberá incluirse en el expediente; *d)* La concurrencia

De este forma se concluye que, teóricamente al menos, el ejercicio de competencias distintas de las propias o delegadas no requiere de una habilitación legal específica, aunque sólo será posible si se cumplen tres requisitos: que no haya riesgo para la sostenibilidad financiera de la hacienda municipal; que no exista ejecución simultánea del mismo servicio por otra administración; y que se obtengan los informes previos vinculantes, el de la administración competente por razón de la materia que señale la inexistencia de duplicidades, y el de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera. Pero, cumplidas estas exigencias, la entidad local acometerá la actividad en «régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas» como prescribe el artículo 7.2 LBRL para las competencias propias. Por eso, el TC las ha adjetivado como competencias «propias generales», para diferenciarlas de las competencias «propias específicas», que son las que el Estado y las Comunidades Autónomas han atribuido específicamente mediante norma de rango legal conforme a lo previsto en el artículo 25 LBRL (SSTC 41/2016, 54/2017, o 107/2017). Al respecto, interesa ya señalar que los informes del artículo 7.4 son exigibles cuando son las entidades locales las que quieren acometer nuevas actividades y servicios, pero no si es la Ley la que atribuye las competencias. En tal caso, habrá que estar a los criterios previstos en el artículo 25 LBRL, apartados 3, 4 y 5, respecto de la atribución a los municipios de nuevas competencias propias, como ha reconocido recientemente la STC 37/2022[16]. Curiosamente nada ha previsto la LRSAL cuando la Ley pretenda atribuir nuevas competencias propias a las diputaciones provinciales. Quizá intentado facilitar nuevas atribuciones en su pretensión de reforzar su posición institucional en el conjunto de la organización territorial del Estado, por desconocedora de la realidad que tal pretensión sea.

III. LAS COMPETENCIAS PROPIAS DE LOS MUNICIPIOS

III.1. El listado del artículo 25.2 LBRL

El artículo 25.2 LBRL relaciona unas materias en las que, en todo caso, los municipios ejercen competencias propias que, en su redacción actual, son las siguientes[17]:

> «*a)* Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación;
>
> *b)* medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas;

---

a convocatorias de subvenciones o ayudas, así como la formalización de convenios de colaboración de concesión de subvenciones, para que las entidades locales realicen con carácter coyuntural actividades de información, de asesoramiento, de orientación, de mejora de la empleabilidad y formativas, y otras actividades que no supongan la creación de nuevos servicios municipales, ni como ejercicio de nuevas competencias la realización de las actividades citadas una vez obtenida la subvención; *e)* Las obras, servicios, ayudas, adquisiciones o suministros de emergencia, a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la seguridad pública; *f)* La colaboración entre administraciones entendida como el trabajo en común para la solución de aquellos problemas, también comunes, que pudieran formularse más allá del concreto reparto competencial en los distintos sectores de la acción pública.

[16] El F. J. 6.º de la STC 37/2022, de 10 de marzo, se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 3 de la ley 1/2020, de 18 de septiembre, de Cataluña, relativo a la competencia del Ayuntamiento de Barcelona para la declaración de áreas con mercado de vivienda tenso, que los recurrentes consideran contraria a los artículos 7.4 y 25 LBRL. El TC desestima la impugnación pues se trata de una «competencia propia específica» a la que no se aplican los requisitos del artículo 7.4, que se refieren a «competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación».

[17] Originariamente el artículo 25.2 incluía las siguientes: «*a)* Seguridad en lugares públicos; *b)* Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas; *c)* Protección civil, prevención y extinción de incendios; *d)* Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas y conservación de caminos y vías rurales; *e)* Patrimonio histórico-artístico; *f)* Protección del medio ambiente; *g)* Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores; *h)* Protección de la salubridad pública; *i)* Participación en la gestión de la atención primaria de la salud; *j)* Cementerios y servicios funerarios; *k)* Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social; *l)* Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales; *ll)* Transporte público de viajeros; *m)* Actividades o instalaciones culturales y deportivas: ocupación del tiempo libre; turismo; *n)* Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria». Para un análisis comparativo de ambos listados puede verse Presicce (2019, pp. 159 y ss.).

c) abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales;

d) infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad;

e) evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social;

f) policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios;

g) tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano;

h) información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local;

i) ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante;

j) protección de la salubridad pública;

k) cementerios y actividades funerarias;

l) promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre;

m) promoción de la cultura y equipamientos culturales;

n) participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial;

ñ) promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones;

o) actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, así como contra la violencia de género».

Algunas de estas materias merecen ahora especial atención. Por un lado, la última, la letra *o)*, añadida en 2018, recupera, pero ahora como competencia propia, la acción complementaria relativa a la «promoción de la mujer» que recogía el derogado artículo 28 LBRL[18]. Por otro lado, la supresión, respecto de la redacción inicial, de las referencias a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud, antigua letra *i)*; y la prestación de servicios sociales, antigua letra *k)*, pues la intención del legislador era que estas competencias se asumirían por las CC.AA de acuerdo con las disposiciones transitorias primera y segunda de la LRSAL. Estas previsiones no respetaban la potestad de organización de las CC.AA pues, en las materias de su competencia, a ellas les corresponde decidir si se atribuyen o no a los municipios[19]. Así lo ha entendido también la STC 41/2016, que las declara inconstitucionales, afirmando que, en materias de titularidad autonómica, son las CC.AA las que disponen si su ejercicio es centralizado o descentralizado en las entidades locales: el artículo 149.1.18.ª CE «no autoriza injerencias en la autonomía política de las Comunidades Autónomas como son, por un lado, la prohibición de que éstas en materias de su competencia atribuyan servicios a los entes locales; y, por otro, la sujeción a un determinado régimen de traslación o traspaso». Lo mismo sucede con la disposición transitoria tercera que atribuía a las CC.AA la prestación de los servicios relativos a la inspección y control sanitario de mataderos, de industrias alimentarias y bebidas que hasta ese momento vinieran prestando los municipios. También está prevista la asunción autonómica de las competencias en materia de educación (disposición adicional decimoquinta LRSAL), pero la STC 41 /2016 no la considera inconstitucional al no prohibir su atribución a las entidades locales.

En definitiva, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, de una lectura detenida de este artículo 25.2, conjuntamente con los servicios municipales obligatorios del articulo 26 y los servicios reservados a las entidades locales en el artículo 86.2, se concluye que pocas son las competencias que la LRSAL habría suprimido respecto de lo previsto en la redacción originaria[20]. Incluso el TC ha considerado que, en cierta medida, el artículo 25.2 eleva el mínimo de autonomía municipal respecto de la anterior redacción en cuanto indica específicamente materias de interés local para que las leyes asignen competencias propias en función de ese interés local (STC 41/2016). Además, las CC.AA dispusieron que se mantuviera el *statu quo* de forma que los municipios conservaron las competencias atribuidas antes de 2013[21]. Por todo esto se concluye que pocos son los cambios realmente derivados de la reforma.

---

[18] Esta letra *o)* se ha incorporado por la disposición final 1 del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

[19] *Vid.* Carbonell Porras (2014, pp. 777-780).

[20] En tal sentido, Santamaría Pastor (2014, pp. 139 y ss.) y Barrero Rodríguez (2017, pp. 41 y ss.).

[21] La primera que lo hizo mediante norma con rango de ley fue Castilla y León que, en el artículo 1 del Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo, establece: «Las competencias atribuidas a las Entidades Locales de Castilla y León por las leyes de la Comunidad Autónoma

Las leyes que concreten las competencias propias deben ajustarse a lo previsto en el apartados 3 a 5 del artículo 25 LBRL: «evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera» (ap. 3); acompañarse de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad y prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales, sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas (ap. 4); y garantizar que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración pública (artículo 25.5). Lógicamente también deberá estarse en todo caso a lo previsto en el artículo 2 LBRL antes destacado, especialmente cuando obliga a tener en cuenta las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión del municipio. Pero, de nuevo, son apreciables las deficiencias técnicas de la LRSAL: se alude a la implantación de servicios locales, que no es lo mismo que concretar competencias; no sé sabe bien qué administraciones son las afectadas; se refiere a las entidades locales en un precepto dedicado a las competencias municipales[22]… Además, los proyectos de leyes estatales se acompañarán de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten el cumplimiento de estos criterios (artículo 25.4)[23]. El Tribunal Constitucional ha subrayado que estas exigencias encuentran su fundamento en los principios constitucionales de eficiencia y economía que deben regir el gasto público. Y deduce del inciso final del apartado 4 que las CC.AA, al diseñar políticas en general, y redistribuir competencias y recursos entre las diferentes Administraciones, en particular, deben asegurar la suficiencia financiera y estabilidad presupuestaria de los municipios. Pero realiza una interpretación flexible cuando precisa que no está prohibido que la CA atribuya competencias municipales que, aisladamente consideradas, supongan un incremento del gasto pues, en tales, casos, la norma sólo obliga a que se persigan ahorros correlativos en cualesquiera otros ámbitos de su competencia (STC 41/2061).

III.2. Otras competencias propias atribuidas por ley

Inicialmente la doctrina se dividió entre quienes consideraron que la atribución de competencias propias al margen del listado del artículo 25.2 debía cumplir los requisitos del artículo 7.4 LBRL y quienes defendían que, en materias de competencia autonómica, las CC.AA conservan la competencia para atribuir nuevas competencias a los municipio como propias[24]. Como ya se indicó, los límites del artículo 7.4 no son de aplicación cuando la Ley decide atribuir nuevas competencias a las entidades locales, sino cuando son ellas las que desean ejercer actividades y servicios diferentes de las competencias propias o delegadas. Respecto de la ampliación de las competencias municipales, la STC 41/2016 subraya que, si el Estado pretendía invocar el artículo 149.1.18.º CE para prohibir que las CC.AA atribuyeran competencias propias a los municipios en cualquier materia de su competencia, debió establecerlo expresamente y, en tal hipótesis, se habrían invadido manifiestamente las competencias autonómicas. En consecuencia, corresponde a las leyes autonómicas y, en su caso, estatales determinar nuevas competencias municipales propias al margen de las materias relacionadas en el artículo 25.2. Y estas leyes deberán respetar los criterios previstos en la LBRL que, como sabemos, se refiere a los principios de descentralización, proximidad, estabilidad y sostenibilidad financiera y a las características de la actividad pública o la capacidad de gestión del municipio (artículos 2 y 25 LRBRL). Estas exigencias resultan de aplicación a cualquier ley que atribuya competencias propias a los municipios,

---

anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, del 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se ejercerán por las mismas de conformidad a las previsiones contenidas en la norma de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes del presente Decreto-ley». Las demás CC.AA incluyen previsiones similares.

[22] En general se ha realizado una interpretación limitativa de estos apartados, por ejemplo, Arias Martínez (2015), con atención en el principio de subsidiariedad,

[23] Esta exigencia sería aplicable solo a los proyectos de ley, pero no a las normas con rango de ley como es el Real Decreto-ley 9/2018, que ha incorporado la nueva competencia de la letra *o)* al artículo 25.2. LBRL, del que no hay constancia de que cuente con tales informes, aunque parece que sí cuenta con la financiación prevista en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género. En todo caso, como ha indicado el TC, la LBRL condiciona a las leyes autonómicas, no a las estatales (SSTC 240/2006 y 95/2014). Con más detalle, Rebollo Puig (2019, pp. 61-63).

[24] La primera opción, que era la del Consejo de Estado (Dictámenes 567/2013, de 27 de junio, y 338/2014, de 26 de mayo), se defendió por Souvirón Morenilla (2014, pp. 84-85); Almeida Cerreda (2013, pp. 102-103), y Toscano Gil (2014, pp. 285 y ss.). Partidarias de la segunda, Alonso Mas (2014, pp. 164-166) y Carbonell Porras (2014, pp. 775-777), entre otros.

sin tener en cuenta su contenido. Así lo aclara la STC 37/2022 que, además, ha realizado una interpretación flexible que resulta de interés traer a colación. La sentencia se pronuncia, en lo que ahora interesa, sobre el artículo 3 de la Ley del Parlamento catalán 11/2020, de 18 de septiembre, relativo al procedimiento para la declaración de áreas con mercado de vivienda tenso que, en Barcelona, compete a su ayuntamiento. Esta nueva competencia local se reputa por los recurrentes contraria a los artículos 7.4 y 25 LBRL. Al tratarse de una competencia propia atribuida por Ley no sería aplicable el primero de estos preceptos y, respecto de las exigencias del segundo, la STC 37/2022 pone de manifiesto, en primer lugar, que la existencia de un deber de comunicación a otras administraciones supone incorporar «un mecanismo para garantizar que la competencia en cuestión…, no se ejercite de modo simultáneo por otra administración pública» como exige el artículo 25.5; y, en segundo lugar, que, como la competencia es la tramitación de un procedimiento administrativo declarativo, de carácter singular, atribuido a un único ente local (el Ayuntamiento de Barcelona), y de ejercicio excepcional o esporádico, ya que los efectos de la correspondiente declaración tienen vocación de cierta permanencia en el tiempo (limitada a un máximo de cinco años), «estos rasgos particulares de la competencia atribuida permiten presumir su nulo impacto sobre el gasto de las administraciones públicas –impacto que es presupuesto para la aplicación de las exigencias formales de los arts. 25.3 y 25.4 LBRL–». Con esta argumentación, el TC rechaza que el referido precepto suponga una vulneración del artículo 25 LBRL. De esta sentencia cabe deducir que las exigencias que el legislador básico ha impuesto a las leyes autonómicas que atribuyan competencias propias a los municipios podrán entenderse implícitamente cumplidas en función de las características y circunstancias de la competencia en cuestión[25].

III.3. Recapitulación y reflexión sobre las competencias que los municipios ejercen en régimen de autonomía y bajo su plena responsabilidad

Como se ha visto, corresponde a la Ley atribuir las competencias municipales propias, que podrán ser en materias incluidas en el listado del artículo 25.2 LBRL o en cualquier otra, correspondiendo en cada caso al Estado o a la CA conforme a los criterios constitucionales de reparto de competencias su concreción. Y estas leyes deben ajustarse a los principios y límites que derivan de los apartados 3, 4 y 5 de ese mismo artículo. En su ejercicio, los municipios actúan en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, sin perjuicio de la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas. Este régimen resulta aplicable a otras actividades y servicios que los municipios decidan acometer, si obtienen los informes favorables previstos en el artículo 7.4 LBRL. A estas se ha referido el TC como competencias propias generales para diferenciarlas de las atribuidas por las Leyes que serían las competencias propias específicas.

En todo caso, recordemos que los municipios, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, pueden promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal según dispone el artículo 25.1 LBRL. Este apartado también fue modificado en 2013 para añadirle el inciso final: «en los términos previstos en este artículo», que no es fácil de explicar. Como sabemos, en ese artículo se contemplan las competencias municipales propias reguladas por Ley, necesariamente en el listado de materias del apartado 2 o en otras si así lo decide la CA y, en su caso, el Estado titular de la misma. Por tanto, son estas leyes las que concretan el alcance de la competencia municipal propia, y no es necesaria una habilitación específica para que los municipios promuevan actividades y presten servicios que «contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal» en tales ámbitos materiales. De nuevo, la criticada calidad técnica de la LRSAL genera más problemas de los que pretendía solucionar. A mi juicio, habría que entender que el artículo 25.1 está en conexión con el artículo 7.4 que, como se indicó, exige unos informes vinculantes para que una entidad local asuma competencias distintas de las propias o delegadas, y tendrían tal carácter las actividades y servicios que un municipio decide acometer para mejorar la vida de sus vecinos[26]. Así lo considera también el TC[27].

---

[25] También es interesante la STC 18/2022, de 8 de febrero, que resuelve recursos de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2020, de 30 de julio, de ordenación del litoral, relativos a las competencias municipales en el que se plantea si la CA es competente para ello, sin alusión alguna a los requisitos previstos en el artículo 25 LBRL.

[26] Como señalé en Carbonell Porras (2014, p. 777), entender que los municipios no pueden actuar al margen del artículo 25.1 contradice la previsión general del artículo 7.4.

[27] SSTC 41/2016 y 54/2017. Esta última se refiere expresamente a las competencias propias generales, que son las habilitadas mediante una cláusula general que ha cambiado sustancialmente con la aprobación de la LRSAL al suprimir el artículo 28 y modificar la redacción del artículo 25.1, aclarando que, «en sustitución de aquellas reglas habilitantes generales, la Ley 27/2013 ha establecido

Esta interpretación, además, encuentra apoyo en el artículo 4.2 de la Carta Europea de Autonomía Local, que garantiza que los municipios puedan ejercer iniciativas en cualquier materia que no esté excluida de sus competencias o atribuidas a otra Administración.

Por lo tanto, los municipios ejercen en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad las competencias propias determinadas por ley, en el listado de materias del artículo 25.2 LRBRL o en cualquier otra que se atribuya también mediante Ley (que el TC ha adjetivado como competencias propias específicas), así como cualquier actividad o servicio que los municipios decidan desarrollar en beneficio de los vecinos, que no afecten a su sostenibilidad financiera ni coincidan con servicios prestados por otras Administraciones (que el TC denomina competencias propias generales).

Estas conclusiones se fundamentan en lo que establece la LBRL, la jurisprudencia del TC y una interpretación que intenta ser coherente. Pero se mueven en el plano teórico, pues no parece que las previsiones legales se cumplan realmente: las exposiciones de motivos y preámbulos de las leyes, estatales y autonómicas, más recientes que atribuyen competencias propias a los municipios e imponen nuevos deberes no incluyen referencia alguna a los requisitos de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 LBRL[28]; no es posible comprobar si efectivamente se solicitan y evacuan los informes del artículo 7.4, aunque alguna norma estatal los excluye expresamente[29]…; Pero existen indicios de que no suele ser así: hay dudas sobre el acatamiento de los acuerdos alcanzados en las comisiones bilaterales Estado-CC.AA al respecto[30]; no se han llevado a cabo las modificaciones legislativas autonómicas anunciadas[31]. Y la reforma de 2013 tampoco ha tenido especial impacto en la jurisprudencia contencioso-administrativa en lo que a las competencias municipales se refiere[32]. El único signo del que sí se exige el informe sobre sostenibilidad financiera del Ministerio de Hacienda es la guía que, en enero de 2023, ha publicado para su emisión[33].

De lo anterior, puede deducirse que poco de lo pretendido por la reforma de 2013 ha sido materializado: los municipios han mantenido en todo momento las competencias que ejercían con anterioridad y

---

otra que permite a las entidades locales ejercer cualesquiera competencias, pero con sujeción a las "exigentes condiciones materiales y formales" que exige el artículo 7.4 LBRL».

[28] Por ejemplo, y sin entrar ahora en el debate sobre la vinculación del Estado a su propia legislación básica, el Real Decreto-ley 9/2018, que ha añadido la nueva letra *o)* al artículo 25.2; la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que impone a todas las entidades locales el deber de disponer del sistema interno de información que dicha ley regula en cumplimiento de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión; o la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Los ejemplos en la legislación autonómica son numerosos. De hecho no he encontrado ninguna ley reciente que se refiera a competencias municipales propias que aluda a las exigencias que impone el artículo 25 LBRL.

[29] El artículo 25 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, establece la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social para el reconocimiento y el control de la prestación económica no contributiva de la Seguridad Social del ingreso mínimo vital, aunque cabe que el expediente se inicie y resuelva por la CA o las entidades locales en virtud de convenio, y puntualiza que el ejercicio de estas funciones no requerirá, en ningún caso, los informes previos que establece el artículo 7.4 LBRL. La previsión carece de sentido y desconoce el sentido real del precepto.

[30] Se interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la pretendida inaplicación de los requisitos del artículo 7.4 a las competencias que ya estuvieran ejerciendo los municipios (por ejemplo, el Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, de Andalucía; la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de Galicia o el Decreto-ley 2/2014, de 21 de noviembre, de las Islas Baleares). Los acuerdos de las comisiones bilaterales dieron por finalizados los conflictos y las CC.AA se comprometieron a interpretar sus normas en tal sentido e incluso, como sucede con Galicia, a reformar su legislación. No obstante, salvo error, no se ha cumplido este compromiso: la Ley gallega no ha sido modificada, luego el derecho positivo continúa considerando que no están sujetas a los informes del artículo 7.4 las enumeradas en el artículo 3.3. de la Ley, a las que nos referimos con anterioridad. En todo caso, esta cuestión pone de manifiesto un problema de mayor alcance como es la ausencia de un seguimiento efectivo del cumplimiento de los acuerdos adoptados en las comisiones bilaterales, que han determinado la formal resolución del conflicto.

[31] Así, por ejemplo, la disposición final tercera 3 de la Ley 1/2014, de Madrid, prevé la presentación de un proyecto de ley para adaptar a la LRSAL las leyes autonómicas del que no existen noticias. Véase Hernando Rydings (2020, pp. 58 y ss.).

[32] La jurisprudencia que expresamente se pronuncia sobre los cambios en las competencias municipales introducidos por la LRSAL es escasa. Destaca la STS 1377/2021, de 25 de noviembre, que estima el recurso de casación 183/2020 de un ayuntamiento en relación con el gasto relativo al mantenimiento de los centros docentes públicos que, después de 2013, se limita a los centros de titularidad municipal según el artículo 25.2.n) LBRL y la disposición adicional decimoquinta LRSAL. De esta forma, la CA debe hacerse cargo de los gastos de los centros de su titularidad, pues ya no corresponde a los municipios en todo caso. También son de interés las sentencias del TSJ del País Vasco 106/2017 de 13 marzo (recurso contencioso-administrativo 30/2016) y 11/2018 de 24 enero (recurso contencioso-administrativo 762/2016), que estiman los recursos interpuestos por la Administración del Estado contra ordenanzas municipales reguladores de subvenciones a familiares de presos sobre la base de la pérdida de competencias en materia de servicios sociales que antes encontraba cobertura en la letra *k)*, y la incidencia de la competencia estatal en materia de asistencia social penitenciaria.

[33] La guía de 19 de enero de 2023 está publicada en la Oficina Virtual para la Coordinación Financiera de las Entidades Locales por la Subdirección General de Gestión Presupuestaria y Financiera de Entidades Locales a través de la aplicación «ATHENEA» para los supuestos en los que es la Administración del Estado la que ejerce la tutela financiera sobre el municipio.

no parece que se haya limitado el ejercicio de otras actividades. Y esto debería ser un toque de atención al legislador ante reformas no suficientemente meditadas, con deficiente calidad técnica y que suscitan el rechazo generalizado.

IV. LAS COMPETENCIAS PROPIAS DE LAS PROVINCIAS (Y ENTIDADES EQUIVALENTES)

IV.1. Algunas puntualizaciones previas y generales: los fines de la provincia, el debate sobre la posición institucional de las Diputaciones provinciales y las nuevas entidades equivalentes

Los fines propios y específicos de la provincia, entidad local determinada por la agrupación de municipios cuyo gobierno y administración corresponde a la diputación provincial, se establecen en el artículo 31 LBRL, que no ha sido objeto de modificación desde la redacción originaria. Estos fines son garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales en el marco de la política económica y social, y, en particular:

> «*a)* Asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal.
>
> *b)* Participar en la coordinación de la Administración local con la de la Comunidad Autónoma y la del Estado.».

De este precepto se deduce la posición institucional que corresponde a las diputaciones provinciales como gobierno local intermedio entre el municipio y las administraciones estatal y autonómica, destinada a garantizar los servicios municipales. Este fin constituye el núcleo esencial de sus funciones y competencias. No obstante, el artículo 36.1 LBRL diferencia dos tipos de competencias propias: las que determina el propio precepto y las que con tal carácter atribuyan las leyes del Estado y de las CC.AA en los diferentes sectores de la acción pública. A diferencia de lo que sucede con los municipios no se relaciona un listado de materias en las que las diputaciones ostentarían competencias propias. Respecto de la legislación estatal, es referencia obligada la Ley 5/2002, de 4 abril, reguladora de los boletines oficiales de las provincias que, según su artículo 2, son un servicio público de carácter provincial, competencia propia de las Diputaciones Provinciales, a las que corresponde su edición y gestión. Pero el continuo cuestionamiento de su papel en la organización territorial del Estado y de las CC.AA explica que las leyes sectoriales no acostumbren a referirse a sus competencias, incluso en aquellas en las que no se cuestiona su implantación, y las leyes autonómicas sobre régimen local desarrollan las competencias propias de las diputaciones provinciales del artículo 36 LBRL, pero no suelen aludir a las que ostentan en los diferentes ámbitos de la acción pública[34].

Sin perjuicio de lo anterior, la LRSAL, como es sabido, ha pretendido reforzar la posición institucional de las provincias, prescindiendo del sentir doctrinal mayoritario que, teniendo en cuenta el continuo cuestionamiento de las diputaciones provinciales y el devenir de la realidad, se ha mostrado conforme, si existe el consenso político necesario, a la supresión de la provincia como entidad local constitucionalmente garantizada para que cada CA se organice internamente como desee[35]. Pero también en el diseño de este objetivo la LRSAL ha fallado: sus disposiciones adicionales admiten que otras entidades supramunicipales, que forman parte del sistema institucional autonómico y ostentan competencias en materia de asistencia y cooperación con los municipios, se consideren entidades equivalentes a las diputaciones provinciales, junto a las que lo eran con anterioridad (cabildos y consejos insulares, CC.AA uniprovinciales y territorios históricos vascos). De esta forma, se abre la puerta para que también las comarcas se califiquen como entidades equivalentes a las diputaciones provinciales[36]. Esta cuestión excede de los propósitos de este artículo, que se centra en las competencias propias del artículo 36, aunque se advierte que todas las referencias a las diputaciones deben entenderse inclusivas de las entidades equivalentes a las que continuamente alude la actual redacción de la LBRL Con el estudio de estas competencias y la interpretación realizada por el TC podrá comprobarse, además, que pocas son las nuevas atribuciones de las diputaciones provinciales y entidades equivalentes.

---

[34] Sí lo hace la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía que se refiere a las competencias provinciales propias en relación con las carreteras provinciales, los archivos, museos e instituciones culturales de interés provincial.

[35] Sobre el permanente y ya antiguo debate sobre la provincia puede verse, entre otros muchos, Sánchez Morón (2017).

[36] De todo ello me he ocupado con detalle en Carbonell Porras (2016, pp. 105-149).

IV.2. Las competencias propias del artículo 36.1 LBRL. La confusa redacción vigente

Para una adecuada comprensión de las competencias propias que reconoce el artículo 36.1 LBRL, en la actualidad, destacando las novedades introducidas por la LRSAL, es ilustrativo partir de su redacción original[37]. En 1985, las competencias propias de las diputaciones provinciales eran, en todo caso, las siguientes:

> «*a)* La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado *a)* del número 2 del artículo 31.
>
> *b)* La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.
>
> *c)* La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal.
>
> *d)* En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la Provincia».

En 2003, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, añadió una nueva competencia: «la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito», que ocupa la letra *d)* desplazando la inicial a la letra *e)*. De esta forma, también en 2003 se pretendía reforzar el papel de las diputaciones provinciales, especialmente en el desarrollo de las zonas rurales, sin que esa nueva atribución haya sido tenida en cuenta en las políticas estatales y autonómicas de lucha contra la despoblación[38]. Respecto de estas competencias provinciales, la principal novedad de la LRSAL es la eliminación de la relativa al «fomento y administración de los intereses peculiares de la provincia» que, como se señaló, sería el equivalente a la eliminación de las competencias complementarias de los municipios que reconocía el derogado artículo 28 LBRL, de modo que cualquier actividad o servicio que no constituya una competencia provincial propia o delegada se rige por lo previsto en el artículo 7.4 LBRL[39]. En todo caso, los intereses provinciales no pueden oponerse a los municipales como ha puesto de manifiesto el TC: municipios y provincias forman parte de una misma comunidad política local «que determina que no existan propiamente intereses provinciales opuestos a los municipales, pues precisamente la función de la provincia es garantizar la prestación integral de los servicios de competencia municipal y el ejercicio de las competencias municipales» (STC 82/2020).

Teniendo en cuenta lo anterior, procede analizar la actual redacción del artículo 36.1 de la LBRL que se refiere a las siguientes competencias provinciales propias:

> «*a)* La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado *a)* del número 2 del artículo 31.
>
> *b)* La asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión. En todo caso garantizará en los municipios de menos de 1.000 habitantes la prestación de los servicios de secretaría e intervención.
>
> *c)* La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal y el fomento o, en su caso, coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial. En particular, asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación.
>
> *d)* La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito.

---

[37] Sobre estas novedades, puede verse, entre otros, Salvador Crespo (2014, pp. 133 y ss.) y Rivero Ysern (2014).

[38] Es interesante recordar ahora la exposición de motivo de la Ley 57/2003 que subraya «que la atribución a las provincias de funciones en materia de cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y de planificación estratégica en el territorio provincial, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones públicas en este ámbito, es de particular relevancia, pues enlaza directamente con un conjunto de actividades de creciente importancia en los gobiernos locales contemporáneos, en el que las Diputaciones provinciales ya se han venido implicando de forma creciente durante los últimos años. Esta competencia provincial resulta especialmente necesaria en las zonas rurales, donde la puesta en práctica de las políticas de desarrollo local está produciendo excelentes resultados». Siendo esto así, lo cierto es que las medidas para el desarrollo rural como es la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, las medidas estatales más recientes de lucha contra la despoblación e incluso las leyes autonómicas prescinden de las diputaciones provinciales. Puede verse Carbonell Porras (2021, pp. 106 y ss.).

[39] Como señalan Koninckx Frasquet y Alonso Mas. (2014, pp. 247-249), la supresión de esta competencia se compensa con la relativa al fomento y el desarrollo económico y social en la planificación en el territorio provincial, que es un cajón de sastre en el que encajarían acciones muy diversas.

e) El ejercicio de funciones de coordinación en los casos previstos en el artículo 116 bis.

f) Asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria, en periodo voluntario y ejecutivo, y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.

g) La prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.

h) El seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia. Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes.

i) La coordinación mediante convenio, con la Comunidad Autónoma respectiva, de la prestación del servicio de mantenimiento y limpieza de los consultorios médicos en los municipios con población inferior a 5000 habitantes».

El precepto no resulta sencillo por varias razones. La primera, y más relevante, deriva de la incorrecta utilización de la idea de coordinación que, como se indicó, implica un cierto poder de dirección de una administración superior en el ejercicio de la competencia para garantizar intereses públicos superiores, y, por eso, se diferencia de la cooperación, que presupone la voluntariedad. La reforma llevada a cabo por la LRSAL se refiere a la coordinación en un sentido amplísimo que no la diferencia de la cooperación, a pesar de las sustanciales diferencias entre ellas, como se deduce de los artículos 57 y 59 LBRL, que no han sido modificados. En esta línea, la STC 111/2016, de 9 de junio, destaca las diferencias entre la coordinación en sentido estricto y la cooperación o «coordinación voluntaria»: sólo la primera implica un «límite efectivo al ejercicio de las competencias», «un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado[40]». Por lo tanto, cuando la redacción actualmente vigente de la LBRL se refiere a la coordinación, en el artículo 36 pero también en otros preceptos como el 26, hay que profundizar en el sentido del término, y determinar si es esa «coordinación voluntaria» o realmente se condiciona el ejercicio de la competencia por su titular para garantizar intereses superiores a los del municipio coordinado, que es en lo que consiste la coordinación. Y derivada de esta primera dificultad surge otra, pues de las diferentes competencias enumeras en el artículo 36.1 no queda claro si se trata de nuevas competencias propias o realmente son manifestaciones de las generales, de las que se atribuyeron a las diputaciones en 1985. Para intentar clarificar estas competencias propias seguidamente se pone de manifiesto el amplio alcance y sentido de la competencia provincial de cooperación y asistencia a los municipios.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que llamar la atención sobre la competencia de la letra *i)* del artículo 36, relativa a la «coordinación mediante convenio» con la CA del servicio de mantenimiento y limpieza de los consultorios médicos en los municipios con población inferior a 5000 habitantes. Además de confundir de nuevo la coordinación y la cooperación, se refiere a un servicio que, en algunas leyes autonómicas reguladoras de los servicios de salud, se encomienda a los municipios, pero la intención de la LRSAL fue suprimir cualquier intervención municipal en este ámbito material. Por eso, no tiene mucho sentido incluir ahora una competencia provincial relativa a los municipios de menos de 5000 habitantes. En todo caso, las diputaciones provinciales y las CC.AA podrán suscribir un convenio para la prestación de este servicio en los términos previstos en la correspondiente legislación sectorial y, si se trata de un servicio atribuido a los municipios, la asistencia de la diputación se referirá, en su caso, a todos ellos, y no sólo a los de menos de 5000 habitantes respecto de los que, a lo sumo, será preferente.

IV.3. La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios

La principal e indiscutible función institucional de las diputaciones provinciales es la asistencia y la cooperación con los municipios, especialmente a los de menor capacidad económica y de gestión[41]. Se trata de una competencia general que se proyecta sobre cualquier competencia y servicio sin necesidad de ulteriores concreciones, y en relación con cualquier municipio, aunque exista una preferencia respecto de la prestación

[40] LA STC 111/2016 recuerda que, desde la redacción originaria, el artículo 36.1 recoge como competencias propias pero diferentes, la coordinación en la letra *a)*, y la cooperación en la letra *b)*. Y la STC 109/1998 se pronunció expresamente sobre su carácter materialmente básico.

[41] Se ha afirmado que el papel de las diputaciones queda reducido a esta competencia. Véase Barrero Rodríguez (2019, p. 85).

de los servicios obligatorios (artículo 26.3 LBRL), y los municipios con mayores dificultades económicas y de gestión. Desde este planteamiento y con apoyo en la interpretación del precepto que ha realizado el TC, son manifestaciones de la cooperación y la asistencia jurídica, económica y técnica a los municipios las competencias provinciales del artículo 36 LBRL siguientes:

- La prestación de los de secretaría e intervención en los municipios de 1000 habitantes de la letra *b)*.
- La prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes. Estos servicios son obligatorios en municipios que superan esos umbrales de población de acuerdo con el artículo 26.1, *a)* y *c)*, aunque lógicamente también pueden ser prestados por todos los municipios. Como señala la STC 111/2016, la diputación provincial los asumirá si el municipio no ha recibido el encargo de hacerlo (porque no tenga atribuida la competencia ni la ejerza por delegación) o si, habiéndolo hecho, no lo ejerce efectivamente de acuerdo con su competencia para la prestación de servicios de carácter supramunicipal.
- Las funciones de «coordinación» en relación con la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económicos-financiero de acuerdo con el artículo 116 bis LRBRL de la letra *e)*[42].
- Los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes de la letra *g)*. Según el TC violaría la autonomía constitucionalmente garantizada la atribución en bloque a las diputaciones provinciales de estos servicios, pero el artículo 36.1.g) admite una interpretación conforme que considera esta competencia provincial como una manifestación más de la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, en relación con servicios que exigen la aplicación de tecnología informática (en el caso de la administración electrónica) o técnico-jurídica (en el supuesto de la contratación centralizada) que los municipios de pequeña o mediana población (hasta 20.000 habitantes), pueden no estar en condiciones de asumir (STC 111/2016).
- Los servicios de gestión de la recaudación tributaria, en período voluntario y ejecutivo, y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes de la letra *f)*. Las diputaciones provinciales asumirán estos servicios solo si no lo hace el municipio (STC 111/2016).

La cooperación y asistencia de las diputaciones provinciales está también prevista en otros preceptos de la LBRL: en la integración de servicios en los procesos de fusión de municipios (artículo 13); en la gestión informatizada de los padrones municipales (artículo 17); en el seguimiento de las delegaciones a los municipios (artículo 27); en el impulso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas (artículo 70 bis.3); o en la publicación por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración (artículo 70 ter.2).

El principal objetivo de la asistencia y cooperación provincial es asegurar el acceso de la población provincial al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y a la mayor eficacia y economía en la prestación de éstos mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal. Así lo ha establecido, desde la redacción originaria, el artículo 36.2.b) LBRL, al que la LRSAL añade las letras *c)* y *d)*, que disponen que las diputaciones garantizan el desempeño de las funciones públicas necesarias en los ayuntamientos, les presta apoyo en la selección y formación de su personal y les da soporte para la tramitación de procedimientos administrativos y la realización de actividades materiales y de gestión, asumiéndolas cuando aquéllos se las encomienden. La cooperación tiene un contenido amplio y variado: comprende la elaboración de planes territoriales y urbanísticos, redacción de proyectos, dirección de obras o instalaciones, informes técnicos…; y se desarrolla de formas diversas: asistencia administrativa en el ejercicio de las funciones públicas necesarias, asesoramiento jurídico, económico y técnico; ayudas

[42] El TC ha puesto de manifiesto que el artículo 116 bis LBRL «no hace más que proyectar la configuración general de la provincia (derivada de la legislación básica y de la propia Constitución) sobre un ámbito concreto, con el fin de que asistan –al resto de corporaciones locales y colaboren con la Administración que ejerza la tutela financiera– en la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económicos-financiero». Además, como se trata de una concreción de las funciones generales de asistencia y cooperación, no afecta a la tutela financiera que han asumido las CC.AA (SSTC 41/2016 y 111/2016).

en la redacción de estudios y proyectos; subvenciones a fondo perdido; concesión de créditos; creación de consorcios u otras formas asociativas; suscripción de convenios y, en general, cualesquiera otra que establezca la diputación (artículo 30 TRRL)[43]. La amplia configuración de la asistencia y cooperación al municipio resulta imprescindible especialmente respecto de los municipios más pequeños, de carácter rural y en zonas aisladas, justificando suficientemente el papel institucional que corresponde a las diputaciones provinciales[44]. Uno de los instrumentos fundamentales para ello es el plan provincial de cooperación a las obras y servicios municipales al que nos referimos seguidamente, conjuntamente con la coordinación de los servicios municipales.

IV.4. La garantía en la prestación de los servicios municipales obligatorios: la coordinación de los servicios municipales entre si y el plan provincial de obras y servicios

La cooperación y asistencia a los municipios que, como sabemos, se articula mediante fórmulas diversas que tienen en común la voluntariedad, está especialmente orientada a la realización de las obras y servicios de competencia municipal, preferentemente los obligatorios del artículo 26 LBRL. Este precepto también contempla el papel que corresponde a las diputaciones provinciales, aunque, de nuevo, se refiere impropiamente a sus facultades de coordinación. La LRSAL ha introducido un concepto tan importante como confuso, que es el del coste efectivo de los servicios del artículo 116 ter LBRL, que teóricamente condiciona el régimen de los servicios municipales obligatorios[45]. Su seguimiento se reconoce como una competencia de las diputaciones en el artículo 36.1.h), que también dispone que, cuando la diputación detecte que estos costes son superiores a los de «los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes[46]». Y el coste efectivo de los servicios es el criterio que toma en consideración el artículo 26.2 para que las diputaciones provinciales propongan a los municipios la forma de prestación de los servicios municipales obligatorios, «consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas». Como ha destacado el TC la diputación propone la fórmula para gestionar el servicio, pero corresponde al municipio aceptarla o rechazarla (STC 111/2016).

Por otra parte, el artículo 36.1 LBRL reconoce como competencia propia de las diputaciones provinciales la de coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de su prestación integral y adecuada en el territorio provincial –letra *a)*, que ya estaba en la redacción originaria[47]; y «el fomento o, en su caso, coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial» –nueva letra *c)*. El TC ha puesto de manifiesto que esta última no es diferente de la anterior[48], y, como ya señaló la STC 214/1989, el artículo 149.1.18.º permite que el Estado atribuya a las diputaciones provinciales las facultades de coordinación de la actividad municipal, orientadas a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, protegiendo intereses supramunicipales, singularmente la eficiencia de los recursos públicos y la estabilidad presupuestaria.

Para la efectividad de las competencias provinciales de las letras *a)*, *b)* y *c)*, relativas a la coordinación de los servicios municipales, la asistencia y cooperación y la prestación de servicios supramunicipales, es

---

[43] En la legislación autonómica ilustra la amplitud de la asistencia provincial a los municipios la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía, que le dedica sus artículos 11 a 14.

[44] Esta misión también se atribuye a las comarcas allí donde se han institucionalizado y, como se indicó, podrían considerarse, desde la aprobación de la LRSAL, entidades equivalentes a las diputaciones provinciales y, en algún caso, asumir un papel relevante respecto de los municipios más pequeños como analizo en Carbonell Porras (2023).

[45] La crítica a esta idea de coste efectivo ha sido generalizada, incluso antes de la aprobación de la LRSAL. Puede verse Velasco Caballero (2012, pp. 28 y ss.).

[46] La STC 101/ 2017 subraya que «el seguimiento de aquellos costes se traduce en comprobaciones que no suponen por sí una intromisión en las decisiones del municipio sobre la organización de sus servicios», permite obtener y analizar datos y, con ello, facilitar «la configuración de políticas públicas en los tres niveles territoriales, además del control directo de la actividad local por parte de la ciudadanía».

[47] Bello Paredes (2015, p. 37) relaciona esta competencia con los servicios eminentemente transversales que se atribuyen de forma homogénea y uniforme a los municipios y singularmente orientada hacia los servicios obligatorios en los municipios de menos de 20 000 habitantes.

[48] STC 111/2016: «La nueva “coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial´ [letra *c)* del artículo 36.1 LBRL] es una mención genérica a facultades provinciales de coordinación muy similar a la clásica ´coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada [letra *a)*]”».

fundamental el plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal previsto en el artículo 36.2.a) LBRL. Queda fuera la competencia provincial del artículo *d)*, relativa al fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, lo que no tiene mucho sentido teniendo en cuenta la relevancia del plan provincial al respecto. El plan se elabora por la diputación con la participación de los municipios, de las Administraciones estatal y autonómica y de los ciudadanos, aprobándose por el pleno, previo informe de la Comisión Provincial de Colaboración con las Corporaciones Locales (artículos 32 y 33 TRRL y 165 RSCL). Determina las acciones a acometer en los municipios de la provincia, concretando los objetivos y la distribución de fondos con criterios objetivos y se financia con medios propios de la diputación, las aportaciones municipales y las ayudas estatales y autonómicas[49]. La LRSAL ha modificado el precepto para incluir en la memoria el análisis del coste efectivo de los servicios y la consecuencia: «cuando la diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos». La STC 111/2016 pone de relieve que este párrafo sería contrario a la autonomía local «si fuera interpretado como previsión que atribuye por sí unas facultades de coordinación cuyo concreto alcance hubiera de fijar la propia diputación a través de los correspondientes planes de cooperación», y realiza una interpretación conforme a la Constitución, que es llevada al fallo. De acuerdo con esta interpretación, el artículo 36.2.a) LBRL requiere complementos normativos, que predeterminen suficientemente las facultades de coordinación que se atribuyen a la diputación provincial respetando las reglas básicas (que obligan a tomar en consideración el «coste efectivo») y la Constitución (que obliga a asegurar que la capacidad decisoria municipal sea tendencialmente correlativa al nivel de interés municipal involucrado). Sin perjuicio de lo anterior, este apartado hay que ponerlo en relación con los artículos 26.2 y 36.1.h), que también hacen referencia a la intervención de las diputaciones provinciales cuando detecten que los costes de los servicios gestionados por los municipios son superiores a los servicios prestados o coordinados por las diputaciones, para recurrir a la cooperación al objeto de conseguir una gestión más eficiente que reduzca costes. En principio, existe una clara preferencia por los instrumentos de cooperación que, al basarse en su voluntariedad, son más respetuosos con la autonomía local y, como recuerda la STC 105/2019, el plan también puede estimular la creación de mancomunidades o la celebración de convenios de colaboración para la gestión compartida de los servicios.

V. LAS COMPETENCIAS DELEGADAS EN MUNICIPIOS Y PROVINCIAS

El artículo 27 LBRL regula el régimen general de las delegaciones del Estado y la CA en favor de los municipios, pero también resulta de aplicación a las que se efectúen a las diputaciones provinciales por remisión del artículo 37 LBRL. Este último mantiene, no obstante, la exigencia de que las delegaciones estatales a favor de las diputaciones provinciales se realicen previa consulta e informe de la CA, previsión suprimida respecto de las realizadas a los municipios. También caben las delegaciones entre entidades locales al amparo de la potestad de organización inherente a la autonomía constitucionalmente garantizada como recuerda la STC 101/2017, aunque ahora no lo especifique la LBRL.

En línea con las pretensiones fundamentales de la LRSAL, la finalidad de la delegación es «mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera». Según la STC 41/2016, se ha alterado el sentido político-institucional de la delegación que ahora se considera un «mecanismo de reducción de costes en la gestión de las competencias autonómicas y estatales». Efectivamente también en la delegación se refleja la obsesión del legislador de 2013 por la reducción costes, aunque la eficacia en la gestión siempre ha estado presente[50]. La

[49] El artículo 164 RSCL precisa que el plan contendrá, como mínimo, la relación de los municipios que comprenda; la memoria sobre el estado actual de las obras y servicios en cada uno de dichos municipios y su situación y capacidad económica; la relación de las obras y servicios que se trate de realizar en cada uno; el presupuesto calculado para cada obra o servicio y el importe total del plan; el programa escalonado de realizaciones, en el que se señalen las prioridades de ejecución; y los medios económicos y financieros previstos para ello. Uno de los objetivos de la cooperación económica del Estado se centra en la realización de las inversiones locales incluidas en los planes provinciales e insulares de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal (Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales). Véase Fernández-Figueroa Guerrero y Montoya Vilches (2019).

[50] Buena muestra de ello es, como ha señalado Morillo-Velarde Pérez (2014, p. 72), la disposición final quinta LBRL, que delegó en los municipios cabeza de partido judicial en los que no exista establecimiento penitenciario, la ejecución del servicio de depósito de

doctrina ha cuestionado este cambio en los criterios que justifican las delegaciones, criticando que se haya suprimido la referencia a los intereses municipales propios y a una mayor participación ciudadana[51]. Pero municipios y provincias (y equivalentes) forman parte de la organización institucional estatal y autonómica luego podrían ser destinatarias de la delegación de competencias del Estado y de la CA en diferentes materias para contribuir a una gestión más eficaz y eficiente de aquellas competencias[52]. Habrá que atribuir competencias propias si predomina el interés local, pero en aquellos ámbitos materiales de la acción pública en los que concurren los intereses supralocales, la delegación, especialmente a las diputaciones provinciales y a los municipios con capacidad suficiente, puede garantizar la coherencia de la actuación de las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 59 LBRL. Así podría suceder en algunas de las materias que enumera el propio artículo 27[53]. Al efecto, deberá elaborarse una memoria, que el artículo 27.1 califica de económica, en la que se justifiquen los motivos de la delegación y se valore el impacto en el gasto de las administraciones públicas implicadas, pues, en ningún caso, podrá conllevar su incremento. El acto de delegación determinará su alcance, contenido, condiciones y duración, que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserva la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos que ésta asigna para el ejercicio de la competencia delegada. Cuando el Estado o las CC.AA deleguen en dos o más municipios de la misma provincia una o varias competencias comunes, deberá realizarse siguiendo criterios homogéneos. Como corresponde a la naturaleza jurídica de las delegaciones de competencias, la Administración titular de la competencia cuenta con una amplísima disponibilidad al respecto: dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados; dictar instrucciones técnicas de carácter general; recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal; enviar comisionados; formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas; e incluso resolver recursos administrativos contra los actos dictados por los municipios, el conocido como recurso de alzada impropio (artículo 27.4 LBRL), y concretar las causas de revocación. Ante el incumplimiento de las directrices, la denegación de información o la inobservancia de los requerimientos, la Administración delegante podrá revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del Municipio. También debe determinar las causas de renuncia a la delegación y el propio artículo 27.7 se refiere al incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante y a circunstancias sobrevenidas que imposibiliten su desempeño sin menoscabo del ejercicio de sus competencias propias.

La efectividad de la delegación requiere la aceptación por el municipio (artículo 27.5 LBRL), mediante un acuerdo del pleno municipal según los artículos 22.1.g) y 123.1.j) para los municipios de régimen común y de gran población respectivamente, acuerdo que también será necesario para renunciar a la

---

detenidos a disposición judicial, asumiendo su custodia la policía local en funciones de policía judicial.

[51] Véase, entre otros, Alonso Más (2014, p. 180); Míguez Macho (2014, p. 540) o Arias Martínez (2015), que llega a afirmar la delegación de competencias supone una negación de la autonomía local.

[52] Este fue el planteamiento del pacto local de la década de los 90, que se recoge especialmente en la Ley 3/2003, que, para su desarrollo, aprobó la Comunidad de Madrid que contempla la delegación y la transferencia a las entidades locales para mejorar la gestión, aproximándola a los ciudadanos, evitando duplicidades. *Vid.* Hernando Rydings (2020, pp. 70 y ss.).

[53] De acuerdo con el apartado 3 del artículo 27 «con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, podrán delegarse las siguientes competencias: *a)* Vigilancia y control de la contaminación ambiental; *b)* Protección del medio natural; *c)* Prestación de los servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer; *d)* Conservación o mantenimiento de centros sanitarios asistenciales de titularidad de la Comunidad Autónoma; *e)* Creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil; *f)* Realización de actividades complementarias en los centros docentes; *g)* Gestión de instalaciones culturales de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, con estricta sujeción al alcance y condiciones que derivan del artículo 149.1.28.ª de la Constitución Española; *h)* Gestión de las instalaciones deportivas de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo: *i)* Inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales: *j)* Promoción y gestión turística; *k)* Comunicación, autorización, inspección y sanción de los espectáculos público; *l)* Liquidación y recaudación de tributos propios de la Comunidad Autónoma o del Estado; *m)* Inscripción de asociaciones, empresas o entidades en los registros administrativos de la Comunidad Autónoma o de la Administración del Estado; *n)* Gestión de oficinas unificadas de información y tramitación administrativa; *o)* Cooperación con la Administración educativa a través de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia». Este listado conecta con la eliminación del artículo 28 y la intención inicial del legislador de 2013 de suprimir cualquier intervención de los municipios en salud, educación y servicios sociales, que serían asumidas por las CC.AA y delegadas a los municipios. Igual que el TC declaró la inconstitucionalidad de la asunción por la CA de las competencias municipales en estas materias, también subraya que la delegación ni es obligatoria ni está limitada a estas materias correspondiendo al titular de la competencia decidir si la delega (SSTC 41/2016 y 54/2017). En todo caso, de nuevo, se muestran las deficiencias técnicas de la LRSAL: algunas materias están relacionadas en el artículo 25, como la relativa a los centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación; otras hacen referencia a la cooperación interadministrativa que no tiene que implicar necesariamente la delegación de competencias; se alude al artículo 149.1 de la Constitución que obviamente resulta de aplicación en todo caso; o, en definitiva, se prevé la delegación de una comunicación previa.

delegación. Además, resulta exigible la mayoría absoluta del número legal de miembros según el artículo 47.2.h) LRBRL, salvo que por Ley se imponga obligatoriamente. En tal caso, sería suficiente la mayoría simple del pleno en los municipios de régimen común, pero se excluye la competencia plenaria en los de gran población y hay que entender que la aceptación corresponde al alcalde en aplicación de la cláusula residual del artículo 124. 4. ñ) LBRL. En las diputaciones provinciales, la aceptación también corresponde al pleno al ser necesaria una mayoría especial de acuerdo con el artículo 33.2.ñ) LBRL y al presidente, si se impone por ley también en función de la cláusula residual. Por lo tanto, no cabe que la delegación resulte obligatoria para alguna de las entidades locales afectadas al haberse suprimido la previsión inicial que excluía la aceptación si la ley imponía la delegación y la acompañaba necesariamente de la dotación o el incremento de medios económicos para desempeñarlos. De nuevo se muestra la incoherencia de la LRSAL: por un lado, vincula la delegación de competencias a municipios y provincias con una mejora de la eficiencia en la gestión pública, con la eliminación de duplicidades y la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; pero, por otro lado, no ha previsto una solución si una de las entidades locales afectadas se niega a aceptar la delegación.

VI. REFLEXIÓN FINAL

En este análisis del régimen de las competencias de las entidades locales ha podido comprobarse que los fines perseguidos por la LRSAL distan mucho de haberse conseguido e incluso, en alguna cuestión, se ha posibilitado el efecto contrario. Así sucede con la consideración de las comarcas, que formen parte del sistema institucional autonómico, como entidades equivalentes a las diputaciones provinciales. Las criticas inicialmente realizadas por la doctrina, cuestionando la calidad técnica de la ley y dudando de la constitucionalidad de algunas previsiones, se han confirmado por el Tribunal Constitucional. Además, y concretamente respecto de las competencias locales poco ha cambiado, tanto en relación con las actividades diferentes de las competencias propias o delegadas que pueden desarrollar todas las entidades locales como respecto de las materias en las que necesariamente hay que reconocer competencias propias a los municipios. Tampoco se han ampliado las competencias propias de las diputaciones provinciales ni se ha potenciado su posición institucional. De todo ello se trata en las páginas que anteceden. Se extrae una clara conclusión general: las reformas que afectan a las instituciones fundamentales del Estado deben realizarse con un amplio consenso político, redactarse con claridad, sin incurrir en incongruencias tan claras ni deficiencias técnicas tan obvias como las que se aprecian en la LRSAL. Y todo ello es particularmente importante cuando la Ley debe ser conocida y aplicada por los ciudadanos. Desde que se anunció la reforma, los administrativistas hemos debatido sobre su sentido y alcance, discutido sobre su constitucionalidad, puesto de manifiesto sus contradicciones[54]…; El Consejo de Estado antes de su aprobación y el Tribunal Constitucional después se han referido a su deficiente calidad…. Y ahora, diez años después se comprueba que de poco ha servido el intento de clarificar las competencias locales y potenciar las diputaciones provinciales. El legislador estatal actual, que se ha planteado reformar la LBRL al objeto de incorporar un nuevo título que regule un estatuto básico para los municipios pequeños, de discutible utilidad, podría tener mayor ambición y acometer una nueva legislación básica de régimen local, siempre que se consiga el consenso que una ley de tanta trascendencia requiere. No obstante, parece que el Gobierno ha abandonado cualquier intento de modificación de la LBRL y nada se dice al respecto en el plan normativo 2023. Quizá, teniendo en cuenta las leyes aprobadas en los últimos tiempos, sea mejor así.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida Cerreda, M. (2013). El incierto futuro de los servicios sociales municipales. *Anuario de Derecho Municipal*, (7), 93-144. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/701202/ADM7_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Alonso Mas, M. J. (2014). El nuevo régimen de las competencias municipales. En M. J. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del Régimen Local: la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios* [monografía] (pp. 153-186). Thomson Reuters Aranzadi.

[54] Buena muestra de lo anterior es el informe emitido por la AEPDA, elaborado por M. Bassols Coma, T. Font i Llovet, E. Carbonell Porras y M. Almeida Cerreda, sobre el Anteproyecto de la LARSAL en abril de 2013.

Arias Martínez, M. A. (2015). La puesta a examen de las competencias municipales en un contexto de crisis: del pacto local a la recentralización competencial. *Revista General de Derecho Administrativo*, (40).

Barrero Rodríguez, C. (2017). La ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios? *Revista Española de Derecho Administrativo*, (184), 41-73.

Barrero Rodríguez, C. (2019). De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución? *Documentación administrativa*, (6), 81-102. https://doi.org/10.24965/da.i6.10765

Baño León, J. M. (2019). Autonomía y competencias locales. *Documentación Administrativa*, (6), 8-15. https://doi.org/10.24965/da.i6.10761

Bello Paredes, S. A. (2015). Las competencias locales: balance de situación. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (extra), 27-46. https://doi.org/10.24965/reala.v0iExtra.10219

Carbonell Porras, E. (2014). Sobre la reforma local y las competencias municipales propias. *Revista Vasca de Administración Pública*, (99/100) [Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo], 765-781. https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.032

Carbonell Porras, E. (2016). Replanteamiento sobre las provincias: del pretendido reforzamiento de su posición institucional a una posible mutación constitucional. *Anuario del Gobierno Local 2015/2016* (pp. 105-149). Fundación Democracia y Gobierno Local. http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1752

Carbonell Porras, E. (2021). Las diputaciones provinciales, garantes de servicios e infraestructuras en los municipios rurales: su posición institucional en la lucha contra la despoblación. *QDL: Cuadernos de Derecho Local*, (56), 84-117. Disponible en: https://gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL56/QDL56_03_Carbonell.pdf

Carbonell Porras, E. (2023). Los municipios pequeños: entre la supresión y la revitalización. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, (14).

Cuesta Revilla, J. (2014). Las competencias municipales: una aproximación a su nuevo régimen jurídico. *QDL: Cuadernos de Derecho Local*, (34) [número monográfico: La revisión del Gobierno y la Administración local en la Ley 27/2013], 98-125.

Fernández-Figueroa Guerrero, F. y Montoya Vilches, J. C. (2019). *Los planes provinciales como instrumentos jurídicos necesarios en la cooperación municipal y para el ejercicio de competencias propias de las diputaciones* [Claves 29. Serie Claves del Gobierno Local]. Fundación Democracia y Gobierno Local.

Font i Llovet, T. y Galán Galán, A. (2014). La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional? *Anuario del Gobierno Local 2013*, (pp. 11-45). Fundación Democracia y Gobierno Local. http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1561

Galán Galán, A. (2012a). Crisis económica y competencias impropias de los Gobiernos locales. En L. Cosculluela Montaner y L. Medina Alcoz (dirs.) y M. Hernando Rydings (coord.), *Crisis económica y reforma del régimen local* (pp. 329-346). Cívitas – Thomson Reuters.

Galán Galán, A. (2012b). *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias*. Fundación Democracia y Gobierno Local.

Hernando Rydings, M. (2020). *La racionalización y sostenibilidad del régimen municipal de Madrid*. Aranzadi.

Jiménez Asensio, R. (2017) Competencias municipales y gestión de servicios: estado de la cuestión. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, (9), 219-246.

Koninckx Frasquet, A. y Alonso Mas, M. J. (2014). Las nuevas competencias de las diputaciones provinciales. En M. J. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del Régimen Local: la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios* [monografía] (pp. 241-294). Thomson Reuters Aranzadi.

Mellado Ruiz, L. (2014). Consecuencias derivadas de la supresión del principio de mayor proximidad. *El Consultor de los Ayuntamientos*, (5).

Mellado Ruiz, L. (2015). El intento de clarificación de las competencias municipales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre. En F. García Rubio (coord.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales* (pp. 23-78). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.

Míguez Macho, L. (2014). Las competencias locales tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, (47), 513-548. https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/2410

Morillo-Velarde Pérez, J. I. (2014). Competencias municipales: competencias delegadas e impropias. *QDL: Cuadernos de Derecho Local*, (34) [número monográfico: La revisión del Gobierno y la Administración local en la Ley 27/2013], 71-79.

Presicce, L. (2019). Las competencias municipales propias, tras la reforma local de 2013 y la jurisprudencia constitucional. En E. Carbonell Porras y G. Piperata (dirs.), *La reforma del Gobierno local en España e Italia* (pp. 151-188). Editoriale Scientifica.

Rebollo Puig, M. (2019). Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable. *Documentación administrativa*, (6), 43-80. https://doi.org/10.24965/da.i6.10764

Rivero Ysern, J. L. (2014). La provincia en la ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local de 27 de diciembre de 2013 (en lo sucesivo LRSAL). *Revista General de Derecho Administrativo*, (36). https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414745

Salvador Crespo, M. (2014). Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. *QDL: Cuadernos de Derecho Local*, (34), 126-146.

Sánchez Morón, M. (2017). ¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (65), 46-51.

Santamaría Pastor, J. A. (2014). El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge. En J. A. Santamaría Pastor (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español* (pp. 139-156). Fundación Democracia y Gobierno Local.

Souvirón Morenilla, J. M. (2014). Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico. *QDL: Cuadernos de Derecho Local*, (34), 80-97.

Toscano Gil, F. (2014). El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (165), 285-320.

Velasco Caballero, F. (2012). Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. *Anuario de Derecho Municipal*, (6), 23-60.

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, Abril de 2023
Sección: SECCIÓN MONOGRÁFICA. LOS DIEZ AÑOS TRANSCURRIDOS DESDE LA LEY 27/2013
Recibido: 16-03-2023
Modificado: 20-04-2023
Aceptado: 20-04-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11204
Páginas: 29-58

Referencia: Montoya Martín, Encarnación (2023). Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 29-58. https://doi.org/10.24965/reala.11204

Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL

Some reflections on public services and local economic initiative: Taking stock after ten years of the LRSAL's approval

Montoya Martín, Encarnación
Universidad de Sevilla (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6817-3384
montoya@us.es

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla. Premio Extraordinario de Doctorado. Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla desde enero de 2013. Asimismo, Directora de la Cátedra de Estudios Mineros AMINER de la Universidad de Sevilla. Sus principales líneas de investigación son sector público, entes instrumentales, régimen local, contratos del sector público, actividades extractivas, puertos.

RESUMEN

El trabajo tiene por objeto una reflexión acerca de los servicios públicos locales y la iniciativa económica local cuando se aproxima el décimo aniversario de la promulgación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local (LRSAL). Se trata de hacer un balance de su aplicación, de una parte, de los aspectos que estimamos más deficientes y problemáticos en esta materia: en particular el propio concepto de servicio público local y su delimitación con las actividades económicas locales e íntimamente relacionado con dicha diferenciación, la determinación del procedimiento legalmente establecido para la implantación y modificación de las formas de prestación de los servicios públicos. Se trata pues, de «viejos» problemas pendientes de resolver. Asimismo, se examina la incidencia de la legislación autonómica de régimen local promulgada tras la LRSAL en el régimen de gestión de los servicios públicos y ejercicio de la iniciativa económica local.

Entre los aciertos de la LRSAL se analiza la incorporación de la perspectiva del impacto sobre el mercado y la concurrencia. Asimismo, se pone de manifiesto la ausencia de una política pública sobre la calidad de los servicios públicos locales.

PALABRAS CLAVE

Servicio público; modos de gestión; iniciativa económica; procedimiento; competencia; calidad; política pública; evaluación; control.

ABSTRACT

The aim of this paper is to reflect on local public services and local economic initiative as we approach the tenth anniversary of the enactment of Law 27/2013, of 27 December, on the Rationalisation and Sustainability of Local Administration (LRSAL). The aim is to take stock of its application, on the one hand, of the aspects that we consider to be most deficient and problematic in this area: in particular, the

concept of local public service and its delimitation with local economic activities and, intimately related to this differentiation, the determination of the legally established procedure for the implementation and modification of the forms of provision of public services. These are therefore «old» problems that have yet to be resolved. It also examines the impact of the regional legislation on local government enacted after the LRSAL on the system for the management of public services and the exercise of local economic initiative.

On the other hand, the LRSAL's successes include the incorporation of the perspective of the impact on the market and competition. It also highlights the absence of a public policy on the quality of local public services.

KEYWORDS

Public service; modes of management; economic initiative; procedure; competition; quality; public policy; evaluation; monitoring.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN II. EL MARCO NORMATIVO DE LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS E INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL. II.1. CONSIDERACIONES GENERALES. II.2. LA IMPRECISIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO LOCAL. II.3. EL PROCEDIMIENTO Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN. II.4. LOS CAMBIOS DE GESTIÓN Y EL ART. 97TRRL. II.5. VALORACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA. II.5.1. El informe del órgano de la competencia: art. 97.2 TRRL. II.5.2. Valoración del impacto sobre el mercado en el ejercicio de actividades en régimen de concurrencia del art. 86.1LBRL. II.6. PLURALIDAD DE CRITERIOS DE REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ELECCIÓN DE LAS FORMAS ORGANIZATIVAS DE GESTIÓN. III. MARCO AUTONÓMICO: LA LEY DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA Y LA NORMATIVA AUTONÓMICA LOCAL TRAS LA LRSAL. III.1. LEY 5/2010, DE 5 DE JUNIO DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA. III.2. LEY 7/2015, DE 1 DE ABRIL, DE MUNICIPIOS DE CANARIAS. III.3. LEY 2/2016, DE 7 DE ABRIL, DE INSTITUCIONES LOCALES DE EUSKADI. III.4. LEY 3/2019, DE 22 DE ENERO, DE GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL DE EXTREMADURA. IV. LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. IV.1. LEY 27/2022, DE 20 DICIEMBRE, DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. IV.2. LA AUSENCIA O INSUFICIENCIA DE DATOS SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. IV.3. EL COSTE EFECTIVO DE LOS SERVICIOS EN LA LRSAL. IV.4. BREVE REFERENCIA A LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE RÉGIMEN LOCAL. V. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya ha sido puesto de manifiesto[1] en la prestación de actividades y servicios por los entes locales se aprecian dos claras tendencias de signo contrapuesto a raíz de la crisis económica financiera de 2008: de una parte, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local (en adelante LRSAL) que impone restricciones a las competencias, actividades, servicios e iniciativa económica local para reducir el déficit público, contener el gasto al servicio de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y favorecer la iniciativa privada; de otra parte, la tendencia contraria, de reivindicación de lo público, el fenómeno de la remunicipalización o reinternalización, en puridad, la vuelta hacia una modalidad de gestión directa del servicio por la propia Administración[2]. Ambas tendencias se incardinan en un nuevo escenario en el que se desenvuelve el actual quehacer de todas las Administraciones públicas: impacto de la crisis sanitaria de la COVID-19, pero también de otros fenómenos disruptivos como la irrupción del volcán de La Palma o la guerra de Ucrania en pleno corazón de Europa. Todo ello pone de manifiesto que lo que caracteriza hoy la acción de todas las Administraciones públicas, incluido el gobierno local que es además el más cercano al ciudadano, es que la regulación, el aseguramiento y la prestación de actividades y servicios públicos se desenvuelve en entornos inciertos, caracterizados por la incertidumbre, lo que hace

[1] Huergo Lora (2019), en especial p. 131.

[2] Véase el magnífico estudio de Rama et al. (2019, pp. 231-253).

a los sistemas públicos más presentes y visibles. Como señala Longo (2020, pp. 131-143) esto incrementa la demanda social de transparencia. Los desafíos de la gestión pública son en muchos casos globales, por lo que es esencial el uso del análisis comparado desarrollándolo como un requisito de calidad y legitimidad de sus decisiones. En este sentido, la Declaración de Estrasburgo sobre los valores y los retos comunes de las Administraciones Públicas Europeas suscrita el 17 de marzo de 2022[3] reconoce entre los valores y retos comunes la existencia de unos servicios públicos transparentes y resilientes que respondan a las expectativas de la ciudadanía.

El presente trabajo tiene por objeto una reflexión acerca de los servicios públicos locales y la iniciativa económica local cuando se aproxima el décimo aniversario de la promulgación de la LRSAL. Por tanto, se trata de hacer un balance de su aplicación, de una parte, de los aspectos que estimamos más deficientes y problemáticos en esta materia: la ausencia de definición de competencia local que, sin embargo, se ha subsanado por la más reciente normativa autonómica de régimen local, el propio concepto de servicio público local y su delimitación con las actividades económicas locales e íntimamente imbricado con dicha diferenciación, la determinación del procedimiento legalmente establecido para la implantación y modificación de las modalidades de prestación de los servicios públicos. Se trata pues, de «viejos» problemas pendientes de resolver. Asimismo, se va a examinar la incidencia de la legislación autonómica de régimen local promulgada tras la LRSAL en el régimen de gestión de los servicios públicos y ejercicio de la iniciativa económica local.

De otra parte, entre los aciertos de la LRSAL y en el marco del proclamado objetivo de favorecimiento de la iniciativa privada, se ha incorporado la perspectiva del impacto sobre el mercado y la concurrencia, tanto para la gestión de servicios públicos en régimen de monopolio, como para el ejercicio de la iniciativa económica local. Se erige pues en un criterio de control del ejercicio de actividades económicas y de los servicios públicos y sus modos de gestión.

Por último, los datos cobran una importancia estratégica para gestionar, evaluar, aprender y rendir cuentas. Se pone de relieve entre los déficits normativos la falta de elaboración de indicadores de calidad para la evaluación de las políticas públicas locales en la gestión de los servicios públicos. En definitiva, la ausencia de una política pública sobre la calidad de los servicios públicos locales.

II. EL MARCO NORMATIVO DE LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS E INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL

II.1. Consideraciones generales

El régimen de los servicios públicos locales y sus modos de gestión, así como de la iniciativa económica local que se contiene en la LBRL es bastante estable pues ha sufrido sólo puntuales modificaciones a lo largo de sus ya treinta y cinco años de vigencia hasta la actualidad, siendo sin duda la de mayor calado la llevada a cabo por la LRSAL, ya próxima a cumplir los diez años de promulgación. Por lo demás, hay que tener en cuenta la incidencia de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector público (LRJSP) desde una doble perspectiva: de una parte, los escasos preceptos básicos en materia de sector público institucional y, de otra parte, los preceptos aplicables por remisión del art. 85bis LBRL a los Organismos autónomos y entidades públicas empresariales locales (EPEL). Asimismo, destaca la incidencia de la legislación de contratos del sector público, actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno local (LMMGL) se limitó fundamentalmente a incorporar como modalidad de gestión directa la fórmula de la entidad pública empresarial para el ámbito local. En definitiva, sólo supuso la incorporación a nivel local de la clasificación que de los organismos públicos había realizada la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). La finalidad de la reforma fue uniformar las modalidades organizativas instrumentales a imagen y semejanza de la LOFAGE, aunque desde perspectivas distintas. Pues mientras que la LOFAGE se situaba en el título III desde la vertiente de las modalidades de organización de la Administración institucional del Estado, en definitiva, la teoría de la organización, en

[3] https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/Secretaria-de-Estado-de-Funcion-Publica/ActualidadSEFP/DeclaracionEstrasburgo.pdf

cambio los arts. 85, 85.bis[4] y 85.ter LBRL (tras la LMMGL) se posicionaban exclusivamente desde la más estrecha perspectiva necesitada de superación de las modalidades de gestión de los servicios públicos. En efecto, la remisión que el art. 85.bis hace a la LOFAGE ha de entenderse hecha hoy a los arts. 98 a 102 para los Organismos Autónomos y 103 a 108 para las EPEL de la LRJSP. La exportación del régimen estatal a la Administración local a través de la defectuosa técnica de la remisión a la LRJSP ha tenido entre sus virtudes aportar una definición o concepto de EPE para el ámbito local, dado el silencio de la LBRL, colmando dicha laguna en los casos en los que la normativa autonómica de régimen local no contemple la fórmula[5] o, previéndola, carezca de dicha definición[6]. Constituye una salvedad la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía municipal de Andalucía (LAULA), en cuyo art. 35 regula las Agencia pública empresarial local.

Como es sabido, la LRSAL se promulga en el contexto de la crisis económico financiera de 2008 y la necesidad de reducir el déficit. Los objetivos perseguidos por la LRSAL según proclama su Exposición de Motivos que inciden en el régimen de prestación de actividades y servicios por los entes locales son: clarificación de las competencias municipales para evitar duplicidades de forma que se haga valer el principio «una Administración una competencia» porque incide en el gasto; racionalización de la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera y en particular la revisión del conjunto de las entidades instrumentales del sector público local, sus órganos de gobierno y de las retribuciones del personal al servicio de las Corporaciones locales[7]; un control financiero y presupuestario más riguroso y, por último, favorecer la iniciativa privada a través de la supresión de monopolios municipales heredados del pasado «y que recaen sobre sectores económicos pujantes en la actualidad» y de la reforma de la iniciativa pública económica local (art. 86.1 LBRL).

Con todo, la reforma llevada a cabo por la LRSAL era insuficiente y sesgada al primar sólo el criterio económico, por lo que mal se acomoda a la intención «racionalizadora» anunciada en su título, pues actúa sobre un traje «viejo» arrastrando sus insuficiencias y defectos.

La prestación de actividades y servicios por las entidades locales tiene como presupuesto una definición positiva y actualizada de las competencias locales. No procede hacer un estudio de las clases de competencias locales y su régimen jurídico cuestión que ha sido ya suficientemente analizada por la doctrina y excede de nuestro objeto. Pero sí es oportuno poner de manifiesto que la autonomía municipal descansa en las competencias propias o atribuidas por Ley ex art. 25LBRL[8] y en las competencias genéricas del art.

---

[4] El TC ha proclamado la constitucionalidad de la regulación de las especialidades y contenido de los Estatutos de los OA y EPEL del art. 85.bis LBRL en las sentencias 103/2013, de 25 de abril, 143/2013, de 11 de julio y 161/2013, de 26 de septiembre recaídas sobre LMMGL.

[5] CC.AA cuya normativa de régimen local a la fecha de hoy sigue sin contemplar la fórmula de EPE para el ámbito local: Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja; Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana; Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid; Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León; Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha o la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia; Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura.

[6] Este es el caso del art. 249.2 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLMRLC) en la redacción dada por la Ley 16/2015, 21 julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica; art. 94.2.b) de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE). Por su parte, la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias bajo el principio de la instrumentalidad regula en los arts. 70 a 76 los OA y EPE, pero no establece un concepto o definición.

[7] Puede verse en relación a la disolución de sociedades mercantiles locales en aplicación de la D. Adicional Novena y limitación de gastos del personal la STS 928/2022, de 8 de marzo de 2022 (rec. Casación 2263/2020), recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Alzira. La cuestión suscitada se centra en determinar si rige la limitación para los gastos de personal derivados de la subrogación en el personal de las sociedades disueltas por ministerio de la D. Adicional 9 LRSAL por hallarse a la entrada en vigor de la LRSAL en situación de pérdidas. En el caso enjuiciado, se trataba de Instalaciones Deportivas, S. A. y Alzira Radio, S. A. Asimismo, se cuestiona si dentro de dicho límite de gasto de personal se incluye la recuperación de la paga extraordinaria prevista en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. Para el TS en el FJ SEXTO la Entidad local recurrente venía prestando, antes y después de la creación y disolución de dichas sociedades, los correspondientes servicios en régimen de gestión directa por el propio Ayuntamiento. De modo que ha tenido lugar una reorganización administrativa del propio Ayuntamiento de Alzira. No hay un traspaso de los descritos en el artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE. Tampoco hay una subrogación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que regula la sucesión de empresas. Lo que ha sucedido es una mera reordenación organizativa en el ámbito y esfera del propio Ayuntamiento. Tampoco considera excluido del límite la recuperación de la paga extraordinaria.

[8] La Ley que atribuya competencias propias ha de cumplir los requisitos de evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad; prever la dotación de los recursos nece-

7.4 LBRL[9] o también denominada cláusula general de competencias. Por el contrario, socava la autonomía municipal la denominada financiación condicionada, asunto pendiente de abordar por el legislador al estilo del sistema de reparto de competencias entre Estado y CC.AA en materia de subvenciones acuñado por el TC tras la sentencia 13/1992, de 6 de febrero.

Puede afirmarse el fracaso completo de la reforma de la LRSAL al menos en uno de sus objetivos principales: la reordenación de las competencias municipales en un sentido claramente reductor encaminado a limitar la lista de materias de competencia local y, prohibir el ejercicio de actividades complementarias tal y como se infiere de las distintas versiones de la reforma proyectada, el ulterior desarrollo normativo autonómico que ha jugado en favor de «dejar todo como está o desactivar la reforma» y, finalmente, la doctrina del TC en las sentencias dictadas con ocasión de los recursos plantados contra la Ley a partir de la sentencia 41/2016.

En conclusión, entre las mayores deficiencias de la actual legislación básica estatal de régimen local que repercuten en la prestación de actividades y servicios públicos se encuentra la ausencia de definición del concepto de competencia local y la imprecisión de la propio noción de servicio público, que provoca todavía dudas y posiciones encontradas acerca del procedimiento legalmente establecido para su implantación, así como para los cambios en los modos de gestión, en particular para los servicios prestados en régimen de concurrencia.

Recordemos la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales en la LRSAL. El art. 85LBRL establece:

> «2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:
>
> A) Gestión directa:
>
> *a)* Gestión por la propia Entidad Local.
> *b)* Organismo autónomo local.
> *c)* Entidad pública empresarial local.
> *d)* Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.
>
> Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras *c)* y *d)* cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras *a)* y *b)*, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
>
> B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre[10].
>
> La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos».

---

sarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas; garantizar que no se produce una no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública.

[9] Conviene recordar que el TC en el FJ.10 de la sentencia 41/2016 declara que «la doctrina las ha denominado, en positivo, competencias propias generales. Se distinguen de las competencias propias del art. 25 LBRL, no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas. Si las reguladas en el art. 25 LBRL son competencias determinadas por la ley sectorial, las previstas en el art. 7.4 LBRL están directamente habilitadas por el legislador básico, quedando su ejercicio sujeto a la indicada serie de condiciones». Véase Velasco Caballero (2014, pp. 31 y 32); Velasco Caballero (2017, pp. 291-296); Jiménez Asensio (2017a) y Jiménez Asensio (2017b, pp. 219-246).

[10] Actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

> Por su parte, el art. 86.1 LBRL dispone: «Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.
>
> Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio».

La doctrina ha hablado de «modulación» de la iniciativa económica local en la LRSAL (García Rubio, 2015, p. 33). Conviene recordar que la iniciativa pública económica reconocida en el art. 128.2 CE no tiene limitación territorial alguna, ya sea el Estado, una CC.AA o una entidad local quien la ejerza. Y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina[11] y la jurisprudencia. Puede verse en este sentido la STSJ de Extremadura (Contencioso), sec. 1.ª, S 25-03-2014, n.º 58/2014, rec. 228/2013[12]. De ahí que haya que entender derogado por no acomodarse al régimen constitucional actual el art. 46.1del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante RSCL) con relación al expediente de municipalización y provincialización de servicios propio de un contexto histórico y normativo donde la iniciativa económica local era excepcional y que en la letra *c)* exige que los servicios «se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial, aunque algunos elementos del servicio se encuentren fuera de uno u otro»; y también el art. 96 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) que declara: «La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes».

II.2. La imprecisión del concepto de servicio público local

El art.85.1LBRL dispone que son servicios públicos locales «los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias». Por su parte, el art. 25.1 LBRL establece que «El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo». El concepto que maneja la LBRL de servicio público es equivalente a actividad local con independencia de su régimen jurídico de Derecho público o de Derecho privado, así como de su titularidad, pues está ligado a la competencia. Y así lo ha reconocido la jurisprudencia. Por todas, la STS 23 de mayo de 1997 (RAr. 4065), en cuyo FJ Sexto señala que: «Este concepto atiende no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad,

---

[11] Rivero Ysern (2014, p. 481); Gosálbez Pequeño (2012, p. 345).

[12] En recurso de apelación revoca la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 2 de Cáceres (Recurso n.º 246/2012) que declaró conforme a derecho la exclusión efectuada por la mesa de contratación del Ayuntamiento de Cáceres de la empresa mixta AUSSA constituida por el Ayuntamiento de Sevilla al considerar que, a tenor de su objeto social, su ámbito de actuación debía limitarse al término municipal de la entidad local que la constituyó. EL TSJ de Extremadura declara que «la sociedad demandante AUSSA, como sociedad de economía mixta local, de capital público y privado, se sujeta una vez constituida al ordenamiento jurídico privado, en idénticos términos que cualquier otra sociedad anónima, con independencia de a quién pertenezcan sus acciones. Como tal podrá actuar libremente en el tráfico jurídico y participar como tal en procedimientos de adjudicación de contratos, de acuerdo con los principios de publicidad y libre concurrencia en condiciones de igualdad con los demás licitadores.

Expuesto lo anterior, no se aprecia que el objeto del contrato administrativo sea ajeno a las actividades propias de la entidad demandante según lo dispuesto en sus Estatutos. En ellos se especifica que la sociedad tiene por objeto, no sólo la explotación de aparcamientos en Sevilla (…) sino también otras actividades como el control y explotación de zonas de aparcamiento regulado en superficie … enumeradas cada una de ellas de forma separada y diferenciada, y sin referencia en este segundo caso a ningún ámbito territorial. Y es de sobra conocido, siendo doctrina consolidada de nuestros Tribunales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que la interpretación de las causas de prohibición de contratar y de exclusión de un procedimiento de adjudicación debe hacerse de forma muy restrictiva». El TSJ reconoce el derecho de AUSSA a participar en el procedimiento convocado para la concesión del servicio público de estacionamiento limitado y controlado de vehículo en la vía pública de Cáceres.

ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares. Así, cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o "publicatio", la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de Derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la Entidad Local»[13].

En definitiva, la Ley prescinde de la fundamental distinción entre actividades sujetas siempre al régimen de libre concurrencia por ser manifestación de la libre iniciativa pública económica (primer inciso del art. 128.2 CE) es decir, actividades económicas empresariales[14] y actividades que pueden estar excluidas de la concurrencia, por estar reservadas (art. 128.2 CE), atribuida su titularidad al ente local, lo que habilita para que puedan ser prestadas en régimen de monopolio, así como actividades y servicios no reservados, pero que los entes locales en el ejercicio de sus competencias deciden ordenar y garantizar su prestación. Cabalmente, las mayores dudas se suscitan en relación al régimen jurídico aplicable a los servicios públicos reservados o no, prestados en régimen de concurrencia.

II.3. El procedimiento y su ámbito de aplicación[15]

La preocupación por aclarar el ámbito de aplicación del procedimiento de municipalización legalmente establecido del art. 97 TRLRL ha sido una cuestión no ajena a la doctrina, pero que ha cobrado actualidad con ocasión del fenómeno de la remunicipalización o más precisamente de la reinternalización de servicios públicos o recuperación de la gestión directa como ha señalado Tornos Mas[16], sobre la que también se han pronunciado los tribunales[17]. Amén de analizar el procedimiento y sus trámites, la cuestión central es pues la delimitación de su ámbito de aplicación.

Como es sabido, la regulación estatal de régimen local ha provocado dudas acerca de la necesidad de seguir o no el denominado «expediente de municipalización» que desgrana el art. 97TRRL, para todo tipo de actividades no sólo de iniciativa económica, también para la prestación de servicios públicos locales reservados, incluidos los servicios obligatorios del art. 26 LBRL. Las dudas que aquí se concitan traen causa en la persistencia del empleo del anacrónico concepto de municipalización y provincialización, del uso de la expresión de servicios públicos locales como equivalente a actividades municipales abstracción hecha de si se trata de la manifestación de la iniciativa pública en la economía regulada en el art. 86LBRL –sujeta a expediente que acredita la conveniencia y oportunidad de la medida– y de su regulación bajo el rótulo común de las formas de gestión de los servicios públicos. En terminología del RSCL todavía en vigor en los arts. 45.1 y 47.1 se denomina municipalización y provincialización a la potestad de iniciativa pública en la economía de los municipios y provincias respectivamente, «para la prestación de los servicios económicos de su competencia». La LRSAL mantiene esta criticable perspectiva cuando debería haber incorporado el concepto de servicio de interés general de carácter económico para superar las dificultades interpretativas y alinearse

---

[13] También algunos TSJ como, por ejemplo, la STSJ de Canarias de 15 de septiembre de 2009, relativa al cambio de gestión prestando de forma directa la sociedad de capital íntegramente municipal denominada «Empresa Municipal de Aguas de Santa Cruz de Tenerife» (EMMASA), para establecer el modo de gestión indirecta a través de una Sociedad de Economía Mixta. En el FJ Segundo «concepto que al atender no tanto a la idea de titularidad como a la de la competencia, trae consigo el que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierta al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluya una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares».

[14] Manifestación de la iniciativa económica local reconocida a los entes locales, véase entre otras, STS 20 de junio de 2006 (rec. 9108/2003), recurso de casación Asociación Provincia de Centros Deportivos Privados de Castellón).

[15] *Vid.* Ezquerra Huerva (2017). Asimismo, ha estudiado ampliamente el procedimiento del art. 97 TRRL León Acosta (2019, pp. 72-96). Precisamente el autor pone de relieve que mientras en los últimos años se ha escrito sobre el fenómeno de la remunicipalización centrados sobre todo en cuestiones conceptuales y sustantivas, en buena medida se ha olvidado la vertiente procedimental de dicho fenómeno.

[16] Tornos Mas (2017, pp. 12-30) pone de manifiesto que reinternalizar supone recuperar la gestión directa y no supone decidir qué actividades prestacionales de contenido económico son o no servicio público. No se trata de decidir ampliar lo público frente al mercado. Se trata simplemente de optar por la forma de gestión que se estima más adecuada para la mejor prestación de un servicio público (p. 24). «Por su parte municipalizar es asumir un servicio para su prestación efectiva por parte de un ente municipal. La calificación de un servicio como servicio público local supone atribuir al ente local su titularidad, la competencia para organizar su prestación, y la responsabilidad de garantizar esta prestación en condiciones de asequibilidad, calidad y continuidad. Pero ello no implica que el ente municipal haya asumido la prestación efectiva del servicio. Para ello se requiere el acuerdo de municipalización» (p. 25).

[17] Por ejemplo, STSJ Cataluña n.º 2686/2021 de 1 junio. JUR 2021\284729 en su FJ Quinto declara: «Primero cabe distinguir entre los términos hoy tan usados de remunicipalización y municipalización. El uno es la asunción por el ente público de un Servicio que se publifica y que antes venía prestándose por el sector privado. La remunicipalización, refiere, a la recuperación de la gestión de un servicio que ya se venía prestando por el sector público, si bien en una modalidad de gestión indirecta. Es una recuperación anticipada de la gestión directa».

con el Derecho comunitario. En efecto, el art. 97 TRRL[18], en el que se desarrolla el procedimiento para el ejercicio de actividades económicas, ya sea en concurrencia, o en régimen de monopolio, es decir, actividades reservadas cuya prestación se decide llevar a cabo con exclusión de la iniciativa privada mantiene su redacción originaria, sólo se ha modificado por la LRSAL puntualmente el número 2 al añadir el requisito del informe de la autoridad de competencia correspondiente sobre el que volveremos más adelante.

Lo que sí está claro es que la prestación de servicios reservados por el art. 86.2LBRL en régimen de monopolio requiere de una parte, la habilitación legal, el propio art. 86.2 o ley sectorial; y de otra parte, la declaración de voluntad de la entidad local haciendo efectiva la reserva, a través del procedimiento del art. 97.2 TRRL que para este supuesto configura un procedimiento cualificado en el que ahora con la LRSAL añade el informe del órgano de defensa de la competencia a incluir en el expediente. A partir de esta zona de certeza, las posturas son y siguen siendo dispares, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina. La cuestión es dilucidar si dicho procedimiento es o no aplicable además de a la potestad de iniciativa pública económica, es decir, actividad empresarial que por imperativo constitucional y del Derecho comunitario (art. 106TFUE) debe prestarse en régimen de concurrencia e igualdad con la empresa privada, a los servicios públicos de contenido económico, reservados o no, tanto obligatorios como facultativos en virtud del ejercicio de las competencias propias específicas del art. 25LBRL como genéricas del art. 7.4LBRL, cuando se ejercen en régimen de concurrencia.

De manera resumida, las posturas que se mantienen, ampliamente estudiadas por León Acosta (2019) con cita de jurisprudencia a la que nos remitimos, son las siguientes.

En favor de la exigencia de la tramitación del expediente del art. 97 TRRL tanto para actividades económicas empresariales necesariamente en régimen de concurrencia, como para las actividades reservadas, aunque se presten en régimen de mercado. Es decir, el ámbito de aplicación del art. 97TRRL comprende todos los casos, ya se trate de iniciativa empresarial local como de la prestación de servicios públicos –reservados y obligatorios– prestados en concurrencia. Esta es la postura del TS en la célebre sentencia de 1 de febrero de 2002 (RAJ 1590) en la que afirmó que la creación de empresas municipales como la Sociedad Municipal Residuos Sólidos Urbanos, SL para la gestión de servicios públicos esenciales, aunque se ejerzan en régimen de concurrencia, exige asimismo un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida. Para el TS la necesidad de previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida encaminada al ejercicio de la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, en este caso consistentes en la prestación de un servicio público esencial, es común a todos los casos de creación de empresas mercantiles para la gestión de servicios públicos. En el caso examinado el expediente cuya tramitación exige la Ley no ha existido, presupuesto procedimental esencial para legitimar la inmisión del poder público en la actividad económica privada, por lo que declara la nulidad de pleno derecho del acuerdo.

Mas la tesis defendida por el TS en la sentencia, se halla condicionada por tratarse de la creación de una sociedad mercantil pública local. En este mismo sentido, se han manifestado también algunos TSJ, por ejemplo la STSJ de Castilla y León, de 28 de diciembre de 2012 (Rec. 1435/2010), (Roj: STSJ CL 6421/2012 – ECLI:ES:TSJCL:2012:6421) en la que se analiza el acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de León sobre el expediente para el cambio en la forma y modo de gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua a través de la creación de una sociedad de economía mixta[19]. O la STSJ del País Vasco

---

[18] Recordemos que el art. 97TRRL dispone que: «1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere: *a)* Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico. *b)* Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones. *c)* Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y *d)* Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local. 2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses.

Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta».

[19] STSJ de Castilla y León, de 28 de diciembre de 2012 (Rec. 1435/2010). En la sentencia se analiza detalladamente el contenido de la Memoria justificativa que exige el art. 97 TRRL.

305/2010, de 26 de abril, (rec. de apelación n.º 749/08) que trae causa del acuerdo del Ayuntamiento de San Sebastián de fecha 11 de agosto de 2004, que resuelve la creación de una Sociedad Pública Municipal para la Gestión, Desarrollo y Explotación de los Servicios Funerarios y se aprueba sus Estatutos. El TSJ del País Vasco argumenta que el hecho de que «se trate de servicio público y que se ejerza en régimen de libre concurrencia, no libera a la Corporación –y esto es esencial–, de la obligación de acreditar en expediente la oportunidad y conveniencia art. 86 Ley 7/85 -de ejercer,- por ejemplo, mediante personificación mercantil,- la actividad económica en que consiste, sino que tampoco le exime de cumplimentar el procedimiento y los pasos descritos en el art. 97 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local –RDL 781/86–».

Entre la doctrina entiende igualmente que ha de tramitarse en todos los casos el denominada expediente de municipalización pero en virtud a argumentos más sólidos LEON ACOSTA, M. En base al art. 106 TFUE considera que a los servicios públicos de contenido económico porque se hallan igualmente sujetos al Derecho de la competencia, por expreso mandato del legislador europeo, dado que sólo se excepciona cuando impide cumplir la misión específica que tienen encomendada. Independientemente de su naturaleza facultativa u obligatoria, el hecho de que el legislador declare una actividad como servicio público, incluso, obligatorio, no implica que su prestación sea conveniente y oportuna abstracción de cómo se lleve a cabo, sino que se deberá prestar de acuerdo al resto de fines que se persiguen: *a)* la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, *b)* la defensa de la competencia en y por el mercado y *c)* la participación de la ciudadanía en las decisiones locales de establecimiento de los servicios públicos que se justifica en el derecho de los vecinos a exigir la prestación y, en su caso, su establecimiento, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio en virtud del art. 18.1 g) LBRL[20].

Postura que estima que el expediente del art. 97 TRRL no es exigible cuando se trata de servicios públicos locales, por haberle atribuido la Ley la competencia para desempeñar la actividad prestacional de forma voluntaria u obligatoria. De ahí que no se exige para los servicios reservados y obligatorios del art. 26 LBRL. Hay que citar como representativa de esta postura la STSJ de Valladolid n.º 773/2019, de 21 de mayo[21], dictada en recurso de apelación interpuesto por Aguas de Valladolid, S. A, que impugna el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valladolid por el que se decide asumir, una vez finalizado el contrato de concesión vigente, la gestión directa del ciclo integral del agua de Valladolid mediante la creación de una Entidad Pública Empresarial Local (EPEL). La sentencia merece ser destacada no sólo como representativa de esta posición sea o no compartida, sino también por otras dos razones: de una parte, porque pone de manifiesto los condicionantes de la STS de 1 de febrero de 2002 (RAJ 1590) caso de la creación de la Sociedad Municipal Residuos Sólidos Urbanos, SL, que justifican separase de su criterio y, de otra parte, el anacronismo de la legislación local necesitado de superación al que nos estamos aludiendo.

Por lo que respecta a la justificación de separarse de la doctrina de la referida STS de 1 de febrero de 2002 declara:

> «La sentencia, como las normas que se han de aplicar para resolverla, se han contextualizar. La razón que se expone en la mencionada sentencia para exigir el procedimiento previsto en el art. 86.1 de la LBRL para constituir una sociedad mercantil de capital municipal como forma de gestión directa en la prestación del servicio de gestión de residuos urbanos era evitar la huida del Derecho Administrativo cuando la Administración utilizaba personificaciones jurídico-privadas; huida que consistía sustancialmente en no someterse a las disposiciones de la contratación administrativa aplicables entonces solo a las Administraciones Públicas, lo que no sucede ahora como consecuencia de la normativa europea sobre contratación pública en cuanto la legislación de contratos …. En consecuencia, el argumento sustancial de la mencionada sentencia para exigir la observancia del procedimiento regulado en el art. 86.1 de la LBRL no tiene ahora razón de ser, porque a las empresas creadas por la Administración Pública les es aplicable el régimen de contratación jurídico-publico con las garantías que ello conlleva».

---

[20] León Acosta (2019, p. 85). Esta postura de exigencia de tramitación en todo caso del art. 97 TRRL también es defendida por Ezquerra Huerva (2017).

[21] Cita la STS de 23 de febrero de 2015 (RJ 2015, 943), dictada en el recurso de casación 595/2013, porque en ella se dice con rotundidad que «el modo de gestión (directa o indirecta) no afecta a la prestación del servicio en régimen de monopolio» (FJ 4.º), lo que no ampara la línea argumental de la parte apelante en la que se viene a identificar municipalización/gestión directa/ monopolio frente a gestión indirecta/libertad de mercado.

El TSJ de Valladolid en su FJ. 3.1.4 subraya la necesidad de contextualizar las normas, interpretar la legislación local en el marco de la CE. Tras invocar el art. 3.1 CCi declara:

> «Ha de tenerse en cuenta el cambio que comporta, en lo que aquí interesa, lo dispuesto en el art. 128.2 de la CE, en el que "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica", lo que se reproduce para las Entidades Locales en el art. 86.1 de la LBRL. Esto no es municipalización, sino el reconocimiento que tienen las Entidades locales, como el Estado, para participar en la actividad económica en libre concurrencia con la economía privada (…)».

El apartado 1 de artículo 86.1 de la LBRL y 97.1 del TRLBRL se refieren al procedimiento que ha de observar la Entidad local para ejercer una actividad económica, que no sea ya un servicio público local, por haberle atribuido la Ley la competencia para desempeñar la actividad prestacional de forma voluntaria u obligatoria. (…).

Si el fin del procedimiento previsto en el art. 86.1 de la LBRL es, según dispone dicho precepto, acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida, esto es, la procedencia de que se ejerza la actividad económica de que se trate por la Entidad Local, carece de objeto tramitarlo cuando se trata de un servicio de los que forman parte del haz de competencias del Municipio, con ocasión del cambio de su forma de gestión, como es el caso, puesto que ya el legislador le ha atribuido esa actividad prestacional como competencia.

Solo será precisa la observancia de ese procedimiento, más los requisitos adicionales que se mencionan en el art. 86.2 de la LBRL y 97.2 de la TRLBRL, cuando se trate de los servicios esenciales reservados que se mencionan en el primer precepto y se pretenda su efectiva ejecución en régimen de monopolio. Y ello es congruente con el fin perseguido con ese procedimiento en el que no se ha de acreditar, como en el supuesto del art. 86.1 de la LBRL, la conveniencia de ejercer esa actividad económica, sino la conveniencia de ejecutarla en régimen de monopolio (…) lo que a sensu contrario, supone que no es necesario cuando no se acuerda su ejecución efectiva en este régimen. Que es lo que sucede en este caso».

En definitiva, la posición de entender que para prestar un servicio público no se requiere justificar la actividad administrativa, dado que la propia ley, debido al interés público prevalente que se encuentra presente en ese ámbito, autoriza o impone (caso de los servicios obligatorios) desarrollar dicha actividad tanto de prestación de servicios facultativos como obligatorios (art. 26 LRBRL), se mantiene entre la doctrina por Ortega Bernardo, De Sade Pérez y Bedmar Con fundamento en la normativa europea en materia de servicios de interés económico general, estiman que la distinción relevante radica en «la diferencia entre la iniciativa pública económica local (sometida a las normas de la competencia) y los servicios públicos (reservados o no), no sujetos art. art. 86LBRL ni al procedimiento del art. 97 TRRL» (Ortega Bernardo, De Sade Pérez y Bedmar, 2015).

Lo cierto es que ambas posiciones se siguen por la jurisprudencia, donde en general abunda el casuismo provocando inseguridad jurídica. La solución no se halla en hacer esfuerzos interpretativos de esta legislación básica de régimen local imprecisa y cargada de anacronismos, sino de llevar a cabo una nueva regulación sobre las bases del Derecho comunitario y de nuestra Constitución.

Imbricado con esta cuestión se encuentra la relativa al procedimiento a seguir en los casos de modificación de los modos de gestión de los servicios públicos locales, una vez establecido el servicio por el municipio.

II.4. Los cambios de gestión y el art. 97TRRL

Aquí la cuestión es determinar cuál es el procedimiento a seguir cuando, una vez establecido o implantado el servicio público o la actividad, la Administración decide un cambio en la forma de gestión. Es decir, la re-municipalización o, más precisamente, la reinternalización del servicio o transformación de la gestión indirecta a la gestión por la propia entidad local, lo que comprende también la modificación de fórmulas organizativas dentro de las modalidades de gestión directa del art. 85.2.A LBRL (Tornos Mas, 2017, p. 24). Asimismo, la externalización o elección de una modalidad indirecta de la gestión de los mismos. Este asunto ha sido frecuente en el caso de los servicios públicos del agua (Merino Estrada, 2019, pp. 27-107). Ambas operaciones suscitan opiniones encontradas tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia en relación al procedimiento a seguir.

Una primera postura considera que dado que ya se ha implantado el servicio público a través del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida (arts. 86.1 LBRL y del art. 97 TRRL), la alteración de la forma de prestación, cualquiera que ésta sea, reinternalización o externalización, no exige

volver a tramitar de nuevo dicho procedimiento de municipalización o establecimiento del art. 97 TRRL[22], salvo que se hubiera omitido dicho procedimiento, por tratarse de una monopolización fáctica o de hecho. En este caso, junto con el cambio de la forma de gestión, habría que colmar dicha laguna, declarar la asunción efectiva en régimen de monopolio y su consiguiente tramitación incluido el informe del órgano de la competencia. Así lo ha entendido también jurisprudencia reciente como la STSJ de Cataluña n.º 2686/2021 de 1 junio. JUR 2021\284729 «la libre concurrencia por contraposición a monopolio, no es la posibilidad de concurrir a la licitación que formule el Ayuntamiento para la gestión indirecta, sino la posibilidad de concurrir en términos de igualdad junto a este en el mercado, y ello no se da, por cuanto, legítimamente la demandada ha municipalizado el servicio en el uso de sus competencias mediante la adquisición de la disponibilidad jurídica de las infraestructuras (no se juzga en los presentes la pertinencia de la forma de dicha adquisición), estableciendo de facto un Monopolio, lo que constituye una opción legal, pero que requiere de un trámite específico con la intervención de la Generalitat de Cataluña, que no se ha producido, sin que pueda identificarse la libertad de concurrencia de una empresa a la licitación para la gestión de un servicio que es público y del que el municipio sigue siendo el titular y responsable, con la concurrencia en mercado en la prestación de actividades de interés general.

En el caso enjuiciado, el Ayuntamiento ha municipalizado el servicio que antes se prestaba de forma voluntaria por un tercero privado, la hoy recurrente, y para ello ha procedido a la expropiación de sus infraestructuras, en aplicación del art. 98 TRRL (…). Pues la licitud en abstracto de la elección de prestación del servicio en monopolio, con base en la reserva competencial de la propia LBRL, no la exime de la necesidad de obtener tal autorización en la constitución del servicio público municipal, que hasta la fecha era prestado de forma privada». En definitiva, la decisión de la entidad local por la que, ejercitando esa habilitación legal, asume de manera efectiva la responsabilidad sobre la ejecución de la actividad legalmente reservada, para desarrollarla en régimen de monopolio, lo que impide en lo sucesivo la iniciativa privada que con anterioridad pudiera haber existido sobre esa actividad, requiere cumplir los trámites ordenados en los arts 86 LBRL y 97 TRRL, y, además, la aprobación del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.

En el mismo sentido, la STS 12 de enero de 2022 (Roj: STS 57/2022 rec. n.º 152/2019). En puridad, no se trata de una simple remunicipalización, sino de una municipalización, es decir, el establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en polígono industrial y determinadas urbanizaciones del municipio de Vidreres en régimen de monopolio bajo la forma de gestión directa por la propia Administración, que venía prestándose en determinadas urbanizaciones en precario por las empresas privadas, es decir, sin mediar una relación contractual con el Ayuntamiento de Vidreres, pero sí de aceptación y reconocimiento del mismo. El Ayuntamiento acertadamente tramitó el expediente de municipalización o establecimiento del servicio del art. 97 TRRL[23].

Por su parte, el art. 284.2 LCSP para la concesión de servicios dispone que: «Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.» En definitiva, el precepto incide en la necesidad de que se haya establecido por la Administración titular del servicio, el régimen del mismo y cómo ha de gestionarse el servicio público, como paso previo a una licitación del contrato de concesión de servicios, si al final como fruto de dicho expediente de implantación del servicio se ha concluido que la forma más eficiente de gestión del servicio es la gestión indirecta. Precepto que avala que, si ya está establecido el servicio, el cambio de gestión consistente en pasar de una gestión directa a la gestión indirecta a través del contrato de concesión de servicios, no requerirá de nuevo tramitar el procedimiento del art. 97TRRL.

Otra postura, entiende necesario tramitar también para los cambios de modalidad de gestión de los servicios públicos el procedimiento del art. 97 TRRL. León Acosta defiende que «dado el papel central que ocupa la decisión sobre la modalidad de gestión elección del modo de gestión en el procedimiento de los artículos 86 LRBRL y 97 TRRL hace pensar que el cambio de gestión de un servicio público debe incardinarse

---

[22] En este sentido, entre la doctrina Colomé y Grau (2017, pp. 154-155). Así también Ortega Bernardo (2019).

[23] El TS en el FJ Cuarto afirma que: «Las empresas recurrentes prestan el servicio sin un título habilitante para ello, de manera provisional y en precario (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) de 27 de diciembre de 2018, que se refiere justamente a la actividad de las recurrentes) por lo que no pueden invocar el derecho a la certeza en la duración de la prestación del servicio, por su propia naturaleza de precario».

dentro del ámbito de aplicación de dicho procedimiento»[24]. La exigencia de motivación suficiente acerca de su oportunidad, efectos sobre la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal; posibles repercusiones para la competencia y participación de los vecinos afectados justificarían esta opción.

Mantiene esta postura, pero en atención a las singulares circunstancias del caso, la STSJ de Canarias de 15 de septiembre de 2009 (rec. de apelación número 0000096/2009) contra el acuerdo plenario adoptado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife por el cual se decidió aprobar el cambio en el modo de gestión de los servicios públicos municipales relacionados con el ciclo integral del agua que venía prestando de forma directa la sociedad de capital íntegramente municipal denominada «Empresa Municipal de Aguas de Santa Cruz de Tenerife» (EMMASA), para establecer el modo de gestión indirecta a través de una Sociedad de Economía Mixta. EMMASA pasaba a integrarse en una sociedad de esta naturaleza mediante la venta a terceros de 212 acciones del total de 224 en que se hallaba dividido su capital social y reservándose sólo 12 acciones. La cuestión a dilucidar era si se requería previamente la tramitación del art. 97.2 TRRL o si, por el contrario, dicho cambio de gestión directa a indirecta puede considerarse como un servicio público de competencia de la entidad local sujeto a la libre potestad organizadora prevista en el art. 30 del RSCL. El TSJ en su FJ Tercero afirma como regla de principio «la inaplicabilidad al supuesto enjuiciado de la tramitación prevista en el art. 97.2 TRRL pues la municipalización, en régimen de monopolio, en materia de suministro de agua y servicio de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales se remontó al acuerdo plenario del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife de 30 de Diciembre de 1942, momento a partir del cual dicho servicio lo ha explotado en régimen de gestión directa» a través su ente instrumental denominado Empresa Municipal de Abastecimiento y Suministro de Aguas (EMMASA), sociedad mercantil local del art. 85.2 LBRL». Mas lo cierto que en el cambio del modo de gestión del servicio público… se introdujo una especial complejidad que no permitía el que dicha mutación tuviera amparo sin más en la potestad discrecional conferida a las Corporaciones Locales en orden a la organización y modificación de los servicios públicos de su competencia. El acuerdo además llevó consigo un negocio jurídico de venta en el que junto con el acto traslativo de dominio de las acciones de EMMASA, la empresa que resultara adjudicataria de las mismas alcanzaría un lucro en la distribución de los beneficios derivados de la prestación del servicio de abastecimiento de aguas notoriamente superior al que pudiera obtener el Ayuntamiento una vez materializada la gestión indirecta, en función del escaso número de acciones que esta entidad local se reservó para aportarlas a la sociedad de economía mixta. De ahí que esta transmisión de casi la totalidad de las acciones de EMMASA a terceros adjudicatarios constituyó para el TSJ lógica y racionalmente el ejercicio de una actividad económica que había de tener por cauce el trámite contemplado en el art. 97.1 TRRL. En el caso enjuiciado la demandada tramitó el expedite del art. 97 TRRL, pero omitió la exposición pública de la Memoria, vedándose la participación en el proceso deliberativo y de toma de decisión pública, sobre todo tratándose de un servicio municipal obligatorio como es el abastecimiento de aguas para la ciudad y cuya gestión se iba a modificar, determinando la anulabilidad del acuerpo de la corporación.

El TSJC reconoce la potestad del Ayuntamiento para cambiar la gestión de EMMASA y decidir encomendársela a una empresa privada, pero también defendió que dada «la especial complejidad» del tipo de operación por el que se optó, legalmente tendría que haber seguido íntegramente el procedimiento del art. 97.2 TRRL.

Lo cierto es que, como ya se ha subrayado, la problemática acerca de la utilización obligatoria del procedimiento del art. 97 TRRL en conexión con el art. 86 LBRL está marcada por el casuismo.

A nuestro juicio, no puede llegarse a una solución clara por vía de la interpretación literal ni sistemática de la LBRL y TRRL dado su imprecisión. No obstante, del art. 85.2 LBRL puede inferirse que, una vez establecido el servicio y tramitado al efecto el procedimiento del art. 97 TRRL, el cambio de la forma de gestión exige a la entidad local tramitar un expediente distinto, pero en puridad análogo al del art. 97 TRRL. El cauce legal es el del art. 85.2 LBRL que preceptúa la elección de la forma más sostenible y eficiente entre las modalidades directa e indirectas de gestión, lo que exigirá elaborar la oportuna Memoria justificativa. A continuación, dispone que sólo puede optarse por «las formas previstas en las letras *c)* y *d)* cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras *a)* y *b)*, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes

[24] León Acosta (2019, p. 88). En esta línea también Ezquerra Huerva (2017).

sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas». Por lo demás, los cambios de gestión que consistan en el paso de la gestión indirecta a una de las formas de gestión directa del art. 85.2.A) LBRL por lo que supone de restricción de la competencia, debería contar con la oportuna valoración del órgano de defensa de la competencia.

II.5. Valoración desde la perspectiva de la competencia

En el haber de la LRSAL se encuentra la incorporación del análisis del impacto sobre el mercado y la concurrencia. Es indudable el efecto que los diferentes modos de intervención de los municipios tienen sobre el mercado, ya sea a través de la reglamentación, las licencias, contratos o prestación de actividades y servicios públicos[25]. De lo que se trata es de someter a control la afectación a la concurrencia no justificada en el interés público y, por ende, en el bienestar de los ciudadanos. Se erige pues en un criterio de control del ejercicio de actividades económicas y de los servicios públicos y sus modos de gestión[26] desde el ángulo de la concurrencia. Los posibles efectos sobre el mercado contrarios a la competencia[27] cuyo fundamento constitucional se encuentra en el art. 38.1, libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y art. 128.2 CE son un indicador que ahora toma en consideración el legislador en el ámbito de la prestación de servicios públicos en régimen de monopolio a través de la exigencia de informe del órgano de la competencia incorporado al art. 97.2 TRRL por la LRSAL. Este informe ha de adjuntarse a la memoria justificativa. Por su parte, ahora el art. 86.1 LBRL para el ejercicio de actividades económicas en régimen de concurrencia impone que en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida además de justificar que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, contenga un análisis del mercado, es decir, del impacto que la iniciativa económica pública tiene sobre la concurrencia.

La justificación de la actuación debe incluir una motivación suficiente y adecuada que constate que se ha escogido la mejor vía para alcanzar el objetivo perseguido, la proporcionalidad de la medida con respecto a la finalidad perseguida, sin ir más allá de lo que resulta necesario para conseguir el objetivo de interés público que la justifica, de forma que la distorsión producida en el mercado sea mínima. En definitiva, como proclamó la Comisión Nacional de Competencia en su Informe I26/7/08, de Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia: «En aquellos casos en que la consecución de los objetivos definidos requiera introducir, directa o indirectamente, algún tipo de restricciones a la competencia, debería ser condición necesaria para su aprobación la justificación de la necesidad de tales restricciones. Al fin y al cabo (...) la libertad de empresa y el buen funcionamiento del mercado son objetivos a cuya defensa también vienen obligados los poderes públicos» (p.20).

II.5.1. *El informe del órgano de la competencia: art. 97.2 TRRL*

Con anterioridad a la introducción de la exigencia de informe preceptivo del órgano de la competencia por la LRSAL, los órganos de defensa de la competencia han valorado el impacto sobre la competencia de las decisiones sobre la prestación de servicios públicos y sus formas de gestión con ocasión de informes solicitados por el órgano autonómico competente para el control de legalidad del ejercicio de las actividades económicas de las entidades locales en régimen de monopolio. Estos informes, no exigidos por el art. 97

---

[25] Por ello, la promoción de la competencia en el ámbito local es especialmente relevante. En este sentido, el *Proyecto Municipios y competencia*, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) desarrollado en colaboración con otras autoridades autonómicas de defensa de la competencia y del mercado. Accesible en https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/municipios-y-competencia

[26] Desde la perspectiva de la concurrencia *vid.* el estudio de Colomé y Grau (2017, pp. 124-157); Ortega Bernardo (2019, pp. 409-418); Ortega Bernardo (2021, pp. 379-396).

[27] Además de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, hay que tener en cuenta la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado y sus principios, aplicable al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de cualesquiera operadores económicos –incluido los públicos– legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional. El art. 9.1 enumera los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, simplificación de cargas y transparencia. El apartado 2 cita una lista de disposiciones y actos que de manera particular han de cumplir los citados requisitos. Se trata de una lista no tasado pues se cierra en la letra f) en los siguientes términos «Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos».

TRRL antes de la LRSAL eran pues facultativos, además de no vinculantes. Si la memoria no contenía argumentos que justificasen la mayor eficiencia de la prestación del servicio público en régimen de monopolio frente a otra más competitiva en el mercado, en ocasiones el órgano autonómico competente en Administración local ha advertido la necesidad de completar el expediente administrativo con un «Informe en el que se analice la conveniencia o no del régimen de monopolio frente al de libre concurrencia»[28].

Con carácter general en esta etapa anterior a la LRSAL, los órganos de defensa de la competencia cuando se les ha requerido han llevado a cabo un examen detallado y riguroso desde la perspectiva de la concurrencia y del mercado de los acuerdos relativos a la prestación de servicios públicos locales, a través del análisis de la justificación en la Memoria de la conveniencia y oportunidad de la medida, en particular, en sus aspectos sociales y económicos[29]. Cabalmente, han elaborado una sólida doctrina antes de que la LRSAL incorporara la perspectiva de la competencia e impusiera su informe preceptivo.

En primer lugar, se requiere la justificación de la opción del monopolio versus el régimen de concurrencia. Aunque se trate de actividades reservadas, la prestación efectiva en monopolio como excepción a la concurrencia exige la justificación de la necesidad en atención a los objetivos perseguidos y a las circunstancias concretas de cada entidad local. La decisión de configurar la prestación de un servicio público en régimen de monopolio o en concurrencia con la iniciativa privada tiene una importancia capital, ya que de esta decisión depende la existencia o inexistencia de competencia en el mercado. Si se opta por la prestación del servicio o actividad en régimen de libre concurrencia, el ente local (independientemente de la forma de gestión elegida) se convierte en un prestador que compite, en igualdad de condiciones, con la iniciativa privada y, en consecuencia, el ciudadano puede optar por una pluralidad de prestadores. En cambio, cuando se produce una reserva monopolista, los servicios los presta la Administración, directa o indirectamente, en régimen de exclusiva, negando la libertad de empresa a la iniciativa privada. Desaparece pues la competencia en el mercado.

Al entrar a evaluar los motivos alegados en la opción de eliminación de la competencia en el mercado en el caso del servicio de abastecimiento de agua potable los órganos de defensa de la competencia no consideran motivo suficiente por sí mismo que la infraestructura sea de titularidad municipal; la existencia de problemas con las entidades privadas que prestan el servicio, que lo lleven a cabo sin vínculo contractual con el Ayuntamiento, pues «las disfunciones e irregularidades a las que hace mención el Ayuntamiento podrían justificar, por ejemplo, la conveniencia de cambiar de prestador de este servicio pero no tienen la virtualidad de explicar por sí mismas por qué la gestión directa mediante el monopolio público es preferible frente a otras posibles fórmulas de prestación del servicio público»[30]. En cambio, desde la óptica de la competencia sí son causa justificativa: el carácter de monopolio natural (infraestructuras y redes) como es el caso de la gestión del ciclo del agua, mercados caracterizados por la existencia de elevados costes fijos y en los que la prestación por un único operador (o pocos operadores) se considera más eficientes; el carácter demanial de los recursos hídricos y de los espacios para su prestación o la irreplicabilidad de la red de abastecimiento de agua potable por parte de otros operadores[31].También ha considerado un monopolio natural que justificaría

---

[28] En este sentido, puede verse el Informe 07/08 del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía sobre la municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el municipio de Nerja (Málaga), en régimen de monopolio y mediante gestión indirecta a través de la crea creación de una Sociedad de Economía Mixta, de 23 de diciembre de 2008.

[29] Por ejemplo, pueden citarse antes de la LRSAL también del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía: I 04/08 – Informe sobre la creación por el Excmo. Ayuntamiento de Baeza del servicio de transporte colectivo de viajeros, en régimen de monopolio, de 5 de noviembre de 2008. Baeza es un municipio que tiene algo más de 16.000 habitantes censados, por lo que este servicio no tiene carácter obligatorio pero su establecimiento se justifica con base en la disponibilidad de los medios suficientes para su prestación (2 personas con contrato laboral y 1 autobús propio) y debido al interés que tiene para la sociedad de Baeza, puesto que reporta un beneficio a los ciudadanos de este término municipal, al conseguir una mayor integración de todos los barrios periféricos con el centro. Asimismo, ha realizado la valoración económica de los costes previstos como consecuencia de la implantación del servicio. Se prevé que la tasa propuesta de cobertura del servicio sería del 40,85 %. No obstante, como según consta en el expediente y queda acreditado mediante certificado emitido por la Intervención, el Ayuntamiento se compromete a cubrir la diferencia entre las tasas percibidas y los costes anuales de gestión mediante fondos propios. Informe 01/10 Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía sobre la creación del servicio de transporte colectivo de viajeros en régimen de monopolio por el Ayuntamiento de Mancha Real. Se considera suficientemente motivada la conveniencia y oportunidad de su prestación por razones de interés público, conseguir mayor integración de todos los barrios periféricos con el centro y facilitar el acceso al centro de salud y dado que dispone de los medios humanos y materiales para la prestación del mismo (1 persona con contrato laboral) y un vehículo adaptable de nueve plazas con conductor).

[30] Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO), de 26 de marzo de 2015, sobre el establecimiento en régimen de monopolio del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable del municipio de Santa Maria d'Oló (con referencia n.º OB 19/2015), p. 5.

[31] Informe de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia Ref. n.º OB 35/2017 – Inf. art. 97.2 RDL 781/1986 Vidreres (SG/AC), de 22 de marzo de 2017, en relación al establecimiento del servicio de abastecimiento de agua potable en régimen de monopolio en el término de Vidreres. El Ayuntamiento de Vidreres ya prestaba directamente el servicio en el núcleo urbano y la urbanización

el régimen de monopolio y, por ende, la supresión de la competencia en el mercado el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos en los siguientes términos: «Tanto las economías de escala de la actividad de recogida de residuos sólidos urbanos como consideraciones medioambientales apuntan a la existencia de un monopolio natural…». En efecto, ni hay en la práctica competencia «en el mercado» de recogida de residuos en Villamayor de Gállego bajo el régimen actual, ni la habría bajo el régimen que ahora se propone. Una competencia que no existe no puede sufrir deterioro. No parece por ello que la opción por el régimen de monopolio suponga de por sí un verdadero problema para la competencia «en el mercado»[32].

El art. 85.2LBRL manda que la elección entre formas de gestión directa e indirecta se basará en criterios de sostenibilidad y eficiencia. La decisión sobre la forma de gestión también es importante en clave de competencia, por lo que exige justificarse, también cuando la opción es la gestión indirecta en la que, frente a la directa, se mantiene la competencia por el mercado. De la memoria ha de deducirse con claridad las ventajas que se derivan del método de gestión del servicio[33]. En términos de competencia podría pensarse a priori que siempre será preferible optar por una gestión indirecta, pues lleva asociado un mayor grado de competencia, al concurrir en la licitación por la adjudicación del contrato[34]. Pero no siempre es así y así lo han reconocido los órganos de defensa de la competencia. En ocasiones, los beneficios derivados de una gestión eficiente pueden ser superiores a los derivados del juego de la competencia, por lo que habrá que optar por la gestión directa si esta se demuestra más eficiente. Se consideran carentes de fundamento las justificaciones genéricas como por ejemplo invocar el «peligro» que a menudo conlleva la gestión indirecta de convertirse en un sistema de difícil control público, lo que aconseja inclinarse por un modelo de gestión directa; cuando no contiene un análisis detallado, en términos de sostenibilidad y eficiencia, de las distintas opciones legalmente posibles[35], o que «desde la Administración se atienden mejor las necesidades colectivas, en tanto que representante del interés general»[36].

El art. 85.2 LBRL manda que dentro de los modos directos de gestión, se opte por las modalidades de EPEL y sociedad mercantil local cuando quede acreditado que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras *a)* y *b)*, del precepto, es decir, por la propia entidad local y por Organismo autónomo local. La referida preferencia legal puede plantear la cuestión de la suficiencia de la justificación de la forma de gestión directa por la propia entidad local escogida, forma que prioriza el legislador junto a la

---

Mas Flassià. Con la municipalización en régimen de monopolio pretendía extender esta forma de gestión al resto de las urbanizaciones. En parecidos términos, I07/08 – Informe sobre la municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el municipio de Nerja (Málaga), en régimen de monopolio y mediante gestión indirecta a través de la creación de una sociedad de economía mixta. En lo referente a la depuración de aguas residuales, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía estima que se debería recurrir a argumentos específicos, por cuanto ni la demanialidad, ni la prestación en red constituyen elementos que concurren en el desarrollo de esta actividad.

[32] Informe 3/2021, de 3 de febrero de 2022, del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón sobre la propuesta de cambiar el modo de gestión del servicio de recogida de residuos en el municipio de Villamayor de Gállego, pasando de su gestión indirecta - a través de una empresa privada seleccionada por concurso - a una gestión directa - a través de una encomienda a la Mancomunidad Ribera Izquierda del Ebro. Afirma que el titular del monopolio sea privado o público es irrelevante a este respecto. Puede verse el ANEXO EL SECTOR DE LA RECOGIDA DE RESIDUOS EN ESPAÑA que incluye el Informe.

[33] Así se manifiesta en I 07/08 – Informe sobre municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el municipio de Nerja (Málaga), de 23 de diciembre, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía considera insuficiente la memoria pues no se prevén avances, entre otros, en materia de incorporación a la red municipal de abastecimiento de la población del municipio que lo hace a través de redes propias, dejándose esta circunstancia a la libre voluntad de los ciudadanos y de apreciación de las condiciones de cesión de las redes privadas por parte de la empresa mixta; ni se asumen las obligaciones en materia de depuración de aguas establecidas en la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, tarea que, según se dice, se acometerá en la medida que entre en funcionamiento una estación depuradora por parte de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Oriental.

[34] I 07/08 – I 07/08, de 23 de diciembre, Informe sobre la municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua en el municipio de Nerja (Málaga), ob. cit. considera positivo que el Ayuntamiento de Nerja reemplace el actual sistema de gestión directa (donde la competencia es inexistente) por otro de carácter indirecto basado en un mecanismo de Colaboración Público Privada Institucionalizada. Además de que los ciudadanos del servicio se van a beneficiar de las ventajas del know how del socio privado o de que el servicio se vaya a gestionar desde una entidad especializada en la prestación del servicio del ciclo integral del agua, también porque el nuevo modelo de gestión supone la incorporación de cierta dosis de competencia a la prestación del servicio: la que se establecerá entre los candidatos a participar en la sociedad de capital mixto como socio privado, lo que a su vez debería producir un aumento en la eficiencia en la prestación del servicio.

[35] Informe ACCO Ref. n.º OB 35/2017 – Inf. art. 97.2 RDL 781/1986 Vidreres (SG/AC), de 22 de marzo de 2017 en relación al establecimiento del servicio de abastecimiento de agua potable en régimen de monopolio en el término de Vidreres.

[36] I 02/10 Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Véjer de la Frontera (Cádiz), mediante gestión directa y efectiva ejecución en régimen de monopolio, de 21 de enero de 2010, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, que la califica de reflexión inconsistente, toda vez que el propio legislador regula las modalidades indirectas de gestión para que la Administración escoja la más eficiente y que mejor satisfaga las necesidades de los administrados.

modalidad del OA. Para el ACCO en el Informe art. 97.2 RDL 781/1986 Vidreres (SG/AC), de 22 de marzo de 2017 (Ref. n.º OB 35/2017) el estudio económico contenido en la memoria solo analiza aspectos relacionados con los costes que supone la prestación del servicio por el propio Ayuntamiento, sin contener un análisis o estimación de las otras alternativas posibles. Debería pues en este caso, analizar dichas alternativas «Sin embargo, respecto a este punto, la ACCO es consciente de que la propia normativa local prioriza la gestión directa por la propia entidad local, junto con el recurso a la figura del organismo autónomo local, y solo permite el uso de las entidades públicas empresariales o las sociedades mercantiles locales cuando estas resulten ser formas de gestión directa más sostenibles y eficientes que las anteriores, teniendo en cuenta criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión».

Puede citarse el más reciente Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (TDCA) 3/2021, de 3 de febrero de 2022 sobre la propuesta de cambiar el modo de gestión del servicio de recogida de residuos en el municipio de Villamayor de Gállego, pasando de su gestión indirecta a una gestión directa a través de una encomienda a la Mancomunidad Ribera Izquierda del Ebro. En términos de competencia por el mercado la Mancomunidad como medio propio suprimiría totalmente dicha competencia. Es de prever además que la consiguiente ausencia de presión competitiva sobre el prestatario del servicio acabe redundando negativamente en la relación calidad/precio de los servicios ofrecidos al Ayuntamiento y, en último término, a los ciudadanos. Por lo que el TDCA recomienda al Ayuntamiento que, «junto a la propuesta remunicipalización del servicio planteada, valore también la posibilidad de mantener el actual sistema de gestión indirecta, pero convocando un procedimiento de licitación pública competitiva y transparente, de conformidad con la normativa de contratos del sector público». Opción que permitiría al Ayuntamiento remplazar el contrato actual, ya vencido, por otro nuevo que se atribuiría a la oferta más con mejor relación calidad precio.

Por último, el informe tiene carácter preceptivo, pero no vinculante, siguiendo lo preceptuado en el art. 80.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Otra cosa es la incidencia de su omisión sobre la validez del procedimiento y, por ende, del acuerdo de municipalización adoptado, y su consideración como causa de anulabilidad ex art. 48 LPAC, asunto sobre el que todavía no se han pronunciado los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cualquier caso, estimo que se trataría de un vicio subsanable a tenor del art. 52 LPAC[37], cuando en la memoria contenga suficientemente justificada los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, y se determine la forma de gestión según el art. 97.2 *b)* TRRL, pues aunque la falta de la petición del informe supone la ausencia de la valoración de la decisión desde la perspectiva de la competencia, el acto estaría suficientemente motivado. La subsanación se produce mediante la petición de informe, como dispone el apartado 4 del art. 52 «Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente».

II.5.2. *Valoración del impacto sobre el mercado en el ejercicio de actividades en régimen de concurrencia del art. 86.1LBRL*

Para el ejercicio de la iniciativa económica en régimen de concurrencia el art. 86.1 LBRL tras la LRSAL manda que en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida se justifique no sólo que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, en cuyo caso no puede ejercer la iniciativa económica, sino «contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial». Este análisis de mercado constituye una novedad. Tanto la iniciativa económica empresarial como la prestación de servicios públicos en régimen de concurrencia exigen el respeto al principio de neutralidad competitiva de los mercados. El marco regulador de la actividad ha de garantizar la igualdad de condiciones y la competencia leal entre los operadores económicos, sin otorgar privilegios a los operadores públicos de manera que estos obtengan ventajas competitivas.

Se ordena un análisis de la necesidad de la intervención en el mercado y de sus efectos como carga justificativa que se impone a la propia entidad local, aunque no exige informe del órgano de la competencia, por contraste con su requerimiento en el caso de actividades reservadas que se presten en monopolio[38].

---

[37] El art. 52.1 LPAC dispone que: «La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan».

[38] Colomé y Grau (2017) apuntan en p. 157 que más allá del caso del informe preceptivo introducido en art 97.2 TRRL también es y debe ser vocación de estas autoridades, especialmente de las autoridades autonómicas de competencia, «ofrecer el apoyo necesario

Desde la óptica de la competencia, la introducción de un análisis de impacto en el expediente municipal merece una valoración positiva, así lo proclamó también la CNC en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (IPN 88/13)[39].

Dado que el art. 86.1 LBRL no exige la intervención de los órganos de la competencia su intervención tendrá lugar a instancia del propio municipio por vía de petición de informe facultativo y no vinculante (arts. 79.1 y 80.1 LAPC) al órgano de defensa de la competencia autonómico correspondiente. De ahí que las valoraciones de los órganos de defensa de la competencia en los supuestos del art. 86.1 LBRL sean escasas. Como ejemplo, encontramos la valoración de la ACCO Servicios Odontológicos Ayuntamiento de Barcelona Asunto: Valoración, desde una óptica de competencia, de la creación de un operador público en el mercado de servicios odontológicos por parte del Ayuntamiento de Barcelona, de 1 de marzo de 2019. Constituye manifestación del ejercicio de la iniciativa pública económica en el mercado de los servicios de odontología en la ciudad de Barcelona como un operador económico más, en régimen de libre competencia. La ACCO valora positivamente la iniciativa esta como mecanismo que puede contribuir a inducir demanda en el mercado de los servicios odontológicos en Barcelona entre determinado colectivo de ciudadanos. Sin embargo, vista la reducida dimensión del servicio proyectado, es difícil que esta iniciativa municipal sea la más idónea para alcanzar el objetivo de hacer disminuir el nivel de precios practicados por los competidores. Concluye que «aunque se trate de un mercado muy atomizado, la decisión del Ayuntamiento de Barcelona puede resultar beneficiosa dado que la mera aparición de un nuevo operador, ya sea público o privado, incrementa las presiones competitivas en el mercado en cuestión. Sin embargo, la decisión del Ayuntamiento de Barcelona puede presentar ciertos riesgos en términos de competencia fundamentados básicamente por las posibles vulneraciones del principio de neutralidad competitiva».

II.6. Pluralidad de criterios de reducción de la discrecionalidad administrativa en la elección de las formas organizativas de gestión

La reforma de la LRSAL como novedad implanta en el art. 85.2 LBRL un procedimiento justificativo basado en principios de mayor sostenibilidad y eficiencia, así como un criterio de prelación entre los modos de gestión directo de los servicios públicos[40]. Puede citarse el Informe del TCu de *Fiscalización de la gestión indirecta contractual de los servicios públicos de las entidades locales de las Comunidades Autónomas sin órgano de control externo propio, ejercicio 2019*, de 21 de diciembre de 2022. La conclusión del TCu es que los déficits detectados[41] ponen de relieve que la decisión de contratar o externalizar el servicio y su ejecución no pueden cumplir los criterios de control que en la elección y gestión de las formas de prestación de los servicios públicos que contempla el art. 85.2 la LBRL de la forma más sostenible y eficiente. A ello se une la ausencia de datos de niveles de satisfacción de los usuarios.

Lo importante es que el legislador paute criterios que limiten la discrecionalidad de la Administración en la elección de las formas de gestión de los servicios, directa e indirecta, con el fin de racionalizar la decisión organizativa a través de criterios jurídico formales el procedimiento y sus cargas justificativas[42], criterios

---

a los entes locales para que adopten, en los distintos ámbitos de responsabilidad que tienen encomendados, decisiones favorecedoras de la competencia, y para que, de manera general, incorporen los principios de la política de competencia como variable a tener en cuenta en sus procesos de toma de decisiones».

[39] Accesible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/424463_7.pdf

[40] El TC desde la sentencia 41/2016, de 3 de marzo de 2016, proclama que la nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen; con independencia de la eficacia real del instrumento, expresa una opción, no solo legítima, sino estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE) (FJ. 14), por lo que declara el precepto conforme con la CE. Así pues, tanto la prelación entre las formas de gestión directa como el expediente con su carga justificativa se imponen con carácter básico.

[41] El objetivo de la fiscalización ha sido comprobar su adecuación a la legalidad y a los principios de una buena gestión. El informe pone de manifiesto que en los contratos adjudicados en 2019 se han detectado deficiencias en la fase de preparación destacando la inadecuada planificación de las necesidades contractuales en un 43 % de los contratos examinados, lo que dio lugar a prolongación irregular del contrato anterior. En la fase de ejecución se ha detectado deficiencias relativas a la ausencia de medidas de control del cumplimiento y, en particular, la inobservancia de la obligación legal de designar un responsable del contrato. En relación con los contratos adjudicados en ejercicios anteriores a 2019, pero aún en vigor, las deficiencias e irregularidades más generalizadas se refieren al control de la ejecución de los contratos (el 44 % de los contratos examinados), a la adopción de acuerdos de prórroga de la duración del contrato legalmente improcedentes (22 %) y a las modificaciones contractuales indebidamente justificadas (un 22 % de los contratos examinados).

[42] Se ha llevado a cabo un riguroso control del cumplimiento de los trámites del art. 97 TRRL tanto de la justificación de la Memoria, como de la composición de la Comisión de estudio y la participación de representantes de los usuarios en dicha comisión, así como de los vecinos en la exposición pública de la Memoria. Véase entre otras, Sentencia n.º 1059/2007 de 28 diciembre JUR 2008\116652

económicos de eficacia, eficiencia y sostenibilidad financiera –informe del interventor– y coste efectivo del servicio, incidencia sobre la competencia en y por el mercado por los órganos de defensa de la competencia, y también a través de criterios materiales como la correspondencia entre forma jurídica y fin, a los que hay que sumar –cuando se desarrollen normativamente–, los correspondientes indicadores materiales de calidad y grado de satisfacción de los usuarios[43]. Criterios cuya recta conjugación reduzcan a cero la libertad de elección de la Administración, como ha señalado Gamero Casado (2019, pp.1-26). Se trata de limitar la discrecionalidad de la Administración en la elección primero entre la gestión directa y la gestión indirecta por medio de contrato u otras fórmulas, así como dentro de la gestión directa o por la propia Administración entre sus diferentes modalidades. Es lo que podemos denominar *círculo de la racionalidad organizativa*. Así, por ejemplo, hay que advertir que la trasposición del modelo estatal al ámbito local por la remisión del art. 85.1bis LBRL ha supuesto la introducción como criterio de racionalización en la elección de las formas jurídicas y en la delimitación entre OA y EPEL no la actividad, como lo era en la precedente LOFAGE, sino la financiación, criterio que entendemos que se superpone al que pueda contemplar la normativa autonómica de régimen local. En la LRJSP los OA (art. 98.1) y EPES (art. 103.1) pueden tener atribuidas las mismas actividades: «actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación». En definitiva, ya no es la actividad, sino la financiación la nota que distingue los OA y las EPE. El art. 107 LRJSP en el apartado 3 dispone: «Las entidades públicas empresariales se financiarán mayoritariamente con ingresos de mercado, a excepción de aquellas que tengan la condición o reúnan los requisitos para ser declaradas medio propio personificado de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público. (…)». Por tanto, la adopción de la forma de EPEL o su mantenimiento comportará que su financiación sea en régimen de mercado, criterio delimitador que se aplica con carácter básico al ámbito local Montoya Martín (2022).

III. MARCO AUTONÓMICO: LA LEY DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA Y LA NORMATIVA AUTONÓMICA LOCAL TRAS LA LRSAL

Este apartado tiene por objeto llevar a cabo un examen de la legislación autonómica de régimen local promulgada con posterioridad a LRSAL en aras de ponderar su incidencia en la gestión de los servicios públicos y la iniciativa económica local. Como excepción a este criterio temporal, se va a hacer referencia a la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía local de Andalucía (LAULA), por las importantes novedades introducidas en el régimen de gestión de los servicios públicos e iniciativa económica local. Este análisis nos va a posibilitar comprobar el grado de adaptación a las prescripciones introducidas en la LRSAL, en particular sus condicionantes, así como detectar posibles avances y mejoras que contribuyan a despejar las dudas interpretativas que como hemos visto persisten en este tema. De ahí que el examen se centre en la LAULA, la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias (LMC); Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE) y Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura (LGAME).

III.1. Ley 5/2010, de 5 de junio de autonomía local de Andalucía

De la normativa autonómica de régimen local, sin duda es la LAULA la que regula el régimen de los servicios y de la iniciativa económica con carácter novedoso y mayor acierto al superar vestigios decimonónicos del pasado (Montoya Martín, 2012)[44]. La columna vertebral de esta regulación es partir del concepto comunitario de servicios de interés general y delimitar la potestad de iniciativa económica local. En efecto, dentro del Título II Los servicios y la iniciativa económica locales, dedica el Capítulo I a los servicios locales de interés general y su régimen jurídico arts. 26 a 44 y el Capítulo II a la iniciativa económica local arts. 45 a 49. El art. 26.1 define el concepto de servicio de interés general como «los que prestan o regulan y garantizan las

183 por la que se anula el acuerdo de aprobación de la prestación en régimen de monopolio del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable por el Ayuntamiento de Fogars de la Selva, por incumplimiento del art. 183 del Decreto 179/95, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña que exige que la comisión de estudio esté integrada también por representantes de los usuarios, designados por las asociaciones locales afectadas en la materia, si las hubiere.

[43] Montoya Martín (2006), en especial pp. 61 y ss.

[44] Véase Montoya Martín (2012, pp. 157-200).

entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía». Según el art. 28.1 las entidades locales pueden configurar los servicios locales de interés general como servicio público y servicio reglamentado. A continuación en el número 2 del mismo precepto la Ley andaluza dispone que «Los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio público cuando la propia entidad local realiza, de forma directa o mediante contrato administrativo, la actividad objeto de la prestación». No prejuzga pues su titularidad ni su carácter reservado. Distingue en el art. 31 la categoría de los servicios públicos básicos, es decir de prestación obligatoria en todos los municipios andaluces, siendo reservados en todo caso, los servicios enumerados en el artículo 92.2.d) del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Seguidamente proclama acertadamente el art. 32 que la reserva habilita para la prestación efectiva en régimen de monopolio de los servicios públicos, por tanto no la impone. Mediante ley se podrá efectuar la reserva para otras actividades y servicios. Con estos mimbres, la LAULA sólo exige la tramitación del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida trasunto del art. 97TRRL para los servicios públicos prestados en régimen de monopolio, procedimiento que desarrolla el art. 32.3 que incluirá, en todo caso:

> «*a)* Una memoria justificativa, que recogerá, entre otros extremos, la estructura del mercado sobre el que actúa la reserva, los posibles intereses empresariales afectados y las posibles compensaciones derivadas de la reserva; el concreto interés general que motiva la reserva y el cumplimiento de los criterios del Derecho europeo y nacional sobre la competencia relativos a la creación de los derechos especiales o exclusivos.
>
> *b)* Un trámite de información pública y de audiencia a todos los sujetos directamente afectados por el proyecto de reserva.
>
> *c)* Un informe provincial sobre cada concreto proyecto de reserva. El informe será obstativo cuando la reserva proyectada afecte de forma relevante al interés económico supramunicipal».

No exige la autorización del Consejo de Gobierno, declarado inconstitucional por la STC 111/2016, de 9 junio[45], requisito que el legislador andaluz ha suprimido en 2010 al considerase una tutela contraria a autonomía municipal. En cambio, exige informe provincial cuando pueda afectar la reserva a los intereses económicos supramunicipales. A ello hay que añadir en virtud de la LRSAL el informe preceptivo de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.

Por su parte, el art. 45 para la iniciativa económica local dispone que «1. En los términos del artículo 128.2 de la Constitución Española, las entidades locales andaluzas podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en el marco de sus políticas propias, en régimen de libre concurrencia.

2. El ejercicio de actividades económica en régimen de libre concurrencia requiere acuerdo de la entidad local adoptado por mayoría». Lógicamente, hay que añadir los condicionantes introducidos con posterioridad por la LRSAL en el 86.1 LBRL al ejercicio de la iniciativa económica local.

El art. 33 regula las modalidades de prestación en régimen de servicio público, diferenciando entre la gestión directa, por la propia entidad o a través de sus entes vinculados o dependientes, y la gestión indirecta, mediante modalidades contractuales de colaboración.

Merece ser destacada la novedad de la sociedad interlocal como modalidad directa de gestión de los servicios públicos en la letra f) del art. 33.3. El art. 39 regula la sociedad mercantil interlocal como fórmula para la prestación conjunta de actividades y servicios de competencia local[46].

Tendrá la consideración de gestión propia, por ende, constituirá un medio propio de los municipios que la integren por lo que los encargos de ejecución que encomienden a esta entidad instrumental quedan excluidos de la LCSP siempre que cumplan los requisitos siguientes: «1. Capital exclusivo público local, con

---

[45] La referencia a un concreto órgano autonómico vulnera la potestad autonómica de autoorganización (arts. 148.1.1 CE, arts. 46 y 47.1.1 EAAnd).

[46] A penas hay ejemplos de la aplicación del art. 39 LAULA. Como muestra véase la EMPRESA METROPOLITANA DE ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DE AGUAS DE SEVILLA, S. A. (EMASESA), última modificación de estatutos aprobada en Junta General de EMASESA, el 23 de marzo de 2022 sólo en el art. 10 dedicado a la transmisión voluntaria de las acciones, en el apartado 1 se califica a EMASESA como sociedad interlocal. En la actualidad son accionistas de EMASESA 11 de los 12 Ayuntamientos de las poblaciones abastecidas. Puede verse el actual reparto de las acciones y, consecuentemente, la propiedad de la empresa y porcentajes en https://www.emasesa.com/conocenos/organizacion-y-gestion-publica/

prohibición expresa de entrada de capital privado. 2. Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. 3. Adopción de acuerdos por mayoría e integración de los órganos sociales por los entes que la componen. 4. No puede tener encomendadas actividades de mercado. 5. Como forma de gestión propia, la sociedad interlocal solo puede prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean». La fórmula de gestión conjunta a través de la sociedad mercantil interlocal ha sido importada por la LILE en el art. 95.5 y por el art. 9.3 de la LGAME.

La originalidad de la LAULA en la regulación de la prestación de servicios e iniciativa pública local reside en haber diferenciado entre sociedad mercantil local e interlocal y empresa pública local. La ratio distintiva esencial sobre la que se construye tal delimitación en la Ley es que la sociedad mercantil local e interlocal son medios propios, se identifican con la condición de medio propio y como tales han de cumplir los requisitos que para los encargos a medios propios impone la LCSP (arts. 32 y 33).

III.2. Ley 7/2015, de 1 de abril, de municipios de Canarias

La LMC, es anterior a la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, pero posterior a la LRSAL. No contiene una definición de competencia local, aunque sí clasifica en el art. 10 las competencias municipales en propias, delegadas y otras distintas de las propias y delegadas, es decir equivalentes a las competencias «impropias» o propias genéricas. Son competencias propias del municipio aquéllas cuya titularidad le atribuyen las leyes del Estado y las de la Comunidad Autónoma de Canarias. Estas últimas asignarán a los municipios toda competencia que se aprecie que afecta preponderantemente al círculo de intereses municipales. (art. 10.1). Mas la Ley en el art. 11 no atribuye competencias propias, sino que se limita a una operación más modesta, igual que la LBRL en el art. 25.2, de enumeración de materias en las que las leyes de la Comunidad Autónoma asignarán a los municipios competencias propias, sin perjuicio de lo previsto en la legislación básica.

Por último, dispone el art. 10 en el apartado 3 para la competencias distintas de las propias y delegadas, que los municipios canarios podrán ejercer otras que, cumpliendo con los requisitos legales, promuevan actividades y servicios que contribuyan a satisfacer necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, con respeto a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, descartándose que un servicio público pueda ser ofrecido simultáneamente por varias Administraciones[47]. En conclusión, la LMC sigue en esencia a la LBRL reformada por la LRSAL.

En cambio, constituye una novedad enumerar el sector público local de Canarias como ámbito de aplicación de la Ley municipal en el art. 2[48]. A partir de ahí no se hace una regulación de los servicios públicos propiamente dicha y sus modos de gestión, sino de la potestad organizatoria local o poder de creación de entes vinculados o dependiente al modo de la vigente LRJSP. Así, el art. 70 para los Organismos autónomos y entidades públicas empresariales proclama «Bajo el principio de instrumentalidad, los organismos autónomos desarrollarán, preferentemente, funciones prestacionales de servicios o de fomento y las entidades públicas empresariales municipales, de producción de bienes o comerciales o financieras». Sólo en el art. 74 regula el procedimiento de creación y aprobación de estatutos para los organismos autónomos y entidades públicas empresariales mandando que, además del cumplimiento de los requisitos y trámites exigidos por la legislación básica de régimen local y la general en materia de organismos públicos que resulte de aplicación, haciendo referencia a tales personificaciones instrumentales como modos de gestión: «1. Acuerdo del pleno en que se decida utilizar ese modo de gestión y se justifique la conveniencia y oportunidad de hacerlo con preferencia a cualquier otro». Regula pues el art. 74[49] desde la perspectiva de la potestad organizatoria un procedimiento que podemos considerar homólogo al del art. 97 TRRL.

---

[47] La D. Adicional Decimotercera en la redacción dada por la disposición final décima tercera de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Canarias para 2023 establece el procedimiento de solicitud y emisión de informes para el ejercicio de competencias distintas a las propias o delegadas por parte de los municipios. Establece el plazo de 1 mes para emisión de informe, con silencio positivo, es decir, se entiende que no existe duplicidad.

[48] El art. 2.1 enumera: «*a)* Los municipios. *b)* Las áreas metropolitanas. *c)* Las mancomunidades de municipios. *d)* La entidad de gestión desconcentrada de la isla de La Graciosa. *e)* Los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales constituidas para la prestación de servicios públicos y actividades de competencia municipal por alguna de las entidades citadas en las letras anteriores. *f)* Los consorcios en que se integren entidades municipales canarias, cuando estén adscritos a alguna de ellas. *g)* Las sociedades mercantiles constituidas por entidades municipales con capital mayoritariamente público. *h)* Las fundaciones públicas municipales».

[49] El art. 74 dispone que «1. Acuerdo del Pleno en que se decida utilizar ese modo de gestión y se justifique la conveniencia y oportunidad de hacerlo con preferencia a cualquier otro.

Omite la regulación del procedimiento de creación de la sociedad mercantil local. El art. 81 bajo la rúbrica actividades económicas parece reservar esta fórmula al ejercicio de actividades de mercado en régimen de concurrencia al disponer «Para el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia se utilizará como modo de gestión la sociedad mercantil local de capital exclusivamente público», exclusividad del capital público criticable, toda vez que basta la propiedad pública mayoritaria o el control efectivo para crear empresas públicas para el ejercicio de actividades económicas en régimen de mercado. La propia Ley en el art. 2.1 al definir el sector público local en la letra *g)* hace referencia a «Las sociedades mercantiles constituidas por entidades municipales con capital mayoritariamente público». Por otra parte, el art. 82 en relación a la retribución de los miembros del consejo admite que el objeto social de la sociedad mercantil local de capital íntegramente público sea la prestación de servicios públicos, en cuyo caso, cuando el pleno de la entidad matriz actúe como junta general, designando como consejeros o administradores a sus miembros, estos no podrán recibir retribución alguna por tal concepto.

Por tanto, no regula el procedimiento para el ejercicio de la iniciativa económica local, sin duda sujeto a las cargas justificativas que ahora impone el art. 86 LBRL reformado, ni la competencia para autorizar la creación de la sociedad mercantil local. No se entiende que se exija el capital exclusivamente público, bastando la propiedad mayoritaria pública, propiedad pública exclusiva que sólo se justifica como modo directo de gestión de servicios públicos en las relaciones ad intra con la Administración o Administraciones matrices o medio propio. Y nada aclara sobre el procedimiento para la prestación de servicios públicos en régimen de concurrencia, así como para los cambios en la forma de gestión.

III.3. Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi

La LILE, la más avanzada en el desarrollo de la autonomía municipal y del reconocimiento de auténtico poder político, en su art. 15 establece lo que constituye la definición más completa de competencia local[50], que luego sería seguida por la Ley extremeña.

Del art. 14 de la LILE se infiere que las competencias locales se clasifican en propias, transferidas, delegadas, y distintas de las propias transferidas o delgadas. Asimismo, la LILE consagra una preferencia por las competencias propias, pues a tenor del art. 14.3 LILE «el autogobierno de los municipios se garantiza mediante la atribución de competencias propias», siendo el resto residuales.

Por su parte, el apartado 4 del art 14 LILE se refiere a las competencias propias genéricas al disponer que «Asimismo, las entidades locales podrán ejercitar cualquier tipo de actividad, servicio o prestación que, desarrollada en interés de la comunidad local, no se encuadre dentro de las competencias propias, transferidas o delegadas, siempre que, de acuerdo con lo expuesto en la presente ley, no se incurra en supuestos de duplicidad y no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera de la hacienda de la entidad en su conjunto».

En dicho acuerdo constarán:

a) El tipo de organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como la Concejalía, Área u órgano equivalente del municipio a la que va a quedar adscrito.

b) Los recursos económicos con los que va a contar.

c) La justificación pormenorizada de las potestades que se le atribuyan.

2. Informes de los servicios técnicos de la corporación. En todo caso, informarán la persona titular de la Secretaría General y de la Intervención de fondos.
3. Redacción del proyecto de Estatutos.
4. Aprobación inicial del proyecto por la Junta de Gobierno local, si la hubiera o, en su defecto, por el Alcalde.
5. Periodo de presentación de enmiendas por los grupos políticos.
6. Dictamen de la Comisión informativa correspondiente al Área material afectada.
7. Aprobación definitiva por el Pleno.
8. Remisión del acuerdo y de los Estatutos para el control de legalidad al órgano competente de la administración autonómica canaria.
9. Publicación íntegra de los Estatutos en el "Boletín Oficial" de la provincia respectiva y de un anuncio en el "Boletín Oficial de Canarias" que remita a aquellos boletines y en la sede electrónica municipal.».

[50] Art. 15 proclama: «1. Se entiende por competencia de las entidades locales territoriales el conjunto o haz de facultades y funciones que, de acuerdo con lo previsto en las leyes o en las normas forales, corresponden a aquellas en un ámbito material concreto o en un sector o institución particular. 2. Las funciones o facultades de las entidades locales territoriales podrán ser de carácter normativo o de ordenación, de planificación, de programación, de fomento, de gestión o ejecutivas. 3. En todo caso, la atribución de una competencia como propia a una entidad local territorial conllevará el ejercicio por parte de esta de todas las facultades descritas en el apartado segundo de este artículo, salvo que excepcionalmente se establezca en el enunciado legal un acotamiento funcional específico». Véase Toscano Gil (2017, pp. 223-224).

Por último, el art. 17 LILE incluye una extensa lista de materias con especificación de funciones que se enumeran como competencias propias de los municipios, aunque «en el marco de lo dispuesto en la presente ley y en la legislación que sea de aplicación».

Con esta arquitectura competencial a la que nos hemos referido sucintamente el Título VIII se consagra a la gestión de los servicios públicos locales[51].

La LILE no da un concepto de servicio público local art. 93. El art. 94 pasa a regular las distintas formas de prestación de los servicios públicos locales distinguiendo las siguientes modalidades directas: *a)* Prestación por la propia entidad. *b)* Prestación por un organismo público[52], ya sea organismo autónomo o entidad pública empresarial. *c)* Sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública. No se explica que la LILE aluda a las sociedades interlocales separada de las formas directas de gestión de los servicios públicos locales en el art. 95.5 en los siguientes términos: «Las entidades locales podrán crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios que no sean de mercado, en el ámbito de su competencia y en el territorio de las entidades que las crean, y cuyo capital deberá ser exclusivamente local».

En la LILE se establece la preferencia de que los servicios públicos locales se presten por los municipios. Así el art. 2.2 dispone que los servicios públicos locales deben ser prestados preferentemente por el municipio. Cuando ello no fuera viable o converjan razones de eficiencia o eficacia, los servicios públicos serán prestados por entidades locales constituidas por los propios municipios, de acuerdo con las potestades de organización inherentes a la autonomía municipal, de conformidad con lo previsto en la Carta Europea de Autonomía Local. Asimismo, el art. 93.2 reitera que la totalidad de los servicios públicos locales será prestada prioritariamente por las entidades locales, pudiendo acordar libremente la forma más adecuada de prestación. Como entiende Del Guayo (2017) que no se trata de una prioridad de la gestión directa sobre la gestión indirecta, contraria a la normativa básica estatal y a las reglas de la competencia y del mercado, sino de una prioridad de la gestión por el propio municipio (mediante formas directas o indirectas) sobre formas de gestión compartidas o integradas. Regula la LILE la gestión de servicios mínimos obligatorios en municipios de menos de 20.000 habitantes estableciendo la preferencia de fórmulas de gestión compartida de los servicios mínimos obligatorios sobre las formas de gestión integrada (art. 97.3).

Dispone el art. 93.3 LILE que en aquellos supuestos en los que no fuera posible la prestación de los servicios por las entidades locales, bien por razones de viabilidad o bien por razones de eficiencia o eficacia, los servicios han de ser prestados, siempre que fuera posible, por otra entidad local de la que formen parte dichas entidades locales, es decir fórmulas asociativas, en especial, la prestación de servicios por mancomunidades y consorcios.

El art. 94 LILE incorpora los condicionantes introducidos en el art. 85.2 LBRL para la gestión directa por medio de entidades públicas empresariales o sociedad mercantil local de capital social de titularidad pública. Asimismo, a tenor del apartado 5 del art. 94 la elección de la forma de gestión habrá de tener en cuenta el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de intereses generales locales.

Por su parte, el art. 95 desde el ángulo de la potestad organizatoria local bajo la rúbrica de «entidades instrumentales» dispone que «1. Los municipios, en uso de sus potestades de organización, podrán constituir entes públicos instrumentales para la prestación de servicios públicos municipales o para el ejercicio de cualesquiera otras competencias o actividades económicas, de acuerdo con lo previsto en la presente ley». No se entiende qué aporta la perspectiva de la potestad organizatoria toda vez que el ámbito objetivo de aplicación del precepto alude a «la prestación de servicios públicos municipales o para el ejercicio de cualesquiera otras competencias o actividades económicas» y el art. 94 se refiere a la prestación de servicios locales. En puridad, este precepto se limita a ser una trasposición de la D. Adicional Novena de la LBRL Redimensionamiento del sector público local introducida por la LRSAL. Nada aporta la perspectiva organizatoria de los entes instrumentales para aclarar las cuestiones que como se ha visto todavía permanecen dudosas en esta materia, en particular, el procedimiento a seguir para la prestación de toda clase de servicios, reservados o no, obligatorios o facultativos, en régimen de concurrencia, así como los cambios de las formas de gestión. La perspectiva de la competencia está ausente.

---

[51] Puede verse Del Guayo (2017, pp. 301-347).

[52] La referencia a la categoría de organismo público en sintonía con la noción de organismo público de la LRJSP, ley aplicable por remisión del art. 85 bis 1 organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales.

Las actividades económicas se regulan en el art. 96, precepto homólogo al art. 86LBRL incorporando la garantía del cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera.

Incorpora asimismo la norma en el art. 98 la regulación del coste efectivo de los servicios públicos locales, mandando que los criterios para su cálculo se establezcan por cada diputación foral. Dentro de la noción de coste efectivo dispone que «se podrá tener en cuenta tanto la calidad en la prestación de los servicios públicos como las características del municipio o servicio prestado» (art 98.2).

III.4. Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municpal de Extremadura

La escueta LGAME[53], última de las Leyes autonómicas de régimen local promulgadas tampoco lleva a cabo la tradicional regulación de los servicios públicos locales y sus modalidades de gestión directa e indirecta. No establece una definición de los servicios públicos locales, ni de la iniciativa económica local, por el contrario, construye su sintética regulación sobre esta materia a partir de la definición de competencias municipales propias y de la potestad autoorganizatoria.

Por lo que concierne a las competencias, igual que la Ley vasca, lleva a cabo una completa formulación de dicho concepto, superando el gran déficit del que sigue aquejada la legislación básica estatal de régimen local[54] y ensaya una definición del alcance de las funciones de ordenación, la planificación, la programación, el fomento o la ejecución y gestión que integran la competencia. Asimismo, contiene una cláusula general de competencias o competencias distintas de las propias y delegadas en el art. 14[55].

El art. 4 bajo la rúbrica Competencias municipales y prestación de servicios dispone:

> «1. De acuerdo con lo establecido en el título II de la presente ley, los servicios públicos derivados de las competencias propias municipales serán prestados preferentemente por los ayuntamientos que sean titulares de tales competencias.
>
> 2. Tan solo en el caso de que tal prestación de servicios públicos no fuera viable, por razones de falta de capacidad de gestión con el objeto de mejora de la eficiencia, los citados servicios podrán ser prestados por otras entidades locales de carácter asociativo o por medio de consorcios y del resto de entes públicos sujetos a derecho público o privado del sector público local, en los términos establecidos en la presente ley y en la normativa básica aplicable, así como de conformidad con lo regulado en la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales Menores de Extremadura».

El art. 8.3 en el marco de la autonomía política del municipio establece que «…La prestación de servicios tendrá lugar en el marco de la titularidad y el ejercicio de las competencias propias», sujeta a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera «sin detrimento y garantizando, en todo caso, la prestación y correcto funcionamiento de los servicios municipales básicos». El concepto de servicio básico no se regula en la Ley extremeña, ni en puridad tampoco en la legislación básica de régimen local, salvo que se entienda equivalente a servicios mínimos del art. 26 LBRL, pero sí en la legislación catalana y andaluza[56]. El art. 18.5 de la Ley extremeña confirma que la noción de servicio básico equivale a los servicios del art.

---

[53] La Exposición de Motivos explica dicha opción al operar «en un marco básico estatal de régimen local ciertamente prolijo y con inevitables dudas de cuál será su destino en los próximos años».

[54] Dispone el art. 12: «1. Se entiende por competencia municipal el conjunto o haz de funciones o facultades que se proyectan sobre materias, actividades, sectores o instituciones particulares.

2. Las funciones o facultades de los municipios podrán ser de carácter normativo o de ordenación, de planificación, de programación, de fomento, de gestión o ejecutivas. 3. Tienen la consideración de materias, actividades, sectores o instituciones particulares, el conjunto de ámbitos de regulación que se recogen en el artículo 15 de la presente ley o que así se establecen complementariamente por parte de la legislación sectorial». El art. 15 enumera la lista de materias y submaterias de competencia propia municipal y su régimen jurídico se establece en el art. 16. Asimismo, el art. 14 regula una cláusula general de competencias, sometiendo su ejercicio a las exigencias impuestas por el legislador básico estatal y concretadas en la presente ley.

[55] El art. 14 apartado 1. Dispone: «Los municipios extremeños pueden ejercer competencias que tengan por objeto impulsar iniciativas para la ordenación y gestión de actividades, servicios o prestaciones no contempladas en el elenco de competencias propias». El plazo de emisión del informe sobre inexistencia de duplicidades es de 2 meses, silencio positivo o estimación de la inexistencia de duplicidad (apartado 11). Ampliamente desarrollado por Decreto 15/2021, de 24 de marzo, por el que se regula el procedimiento de emisión del informe de inexistencia de duplicidad para el ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación por las entidades locales de Extremadura.

[56] EA de Cataluña y el EA para Andalucía han incorporado de manera expresa la noción de «servicios básicos» entre el núcleo irreductible de competencias municipales propias. Pero mientras que el EA de Cataluña no señala cuáles son los servicios que con-

26.2 LBRL al preceptuar que «con la voluntad previa expresa de los municipios, las Diputaciones provinciales podrán llevar a cabo la gestión integrada de los servicios básicos establecidos en el artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local».

En lo que concierne a la potestad autoorganizatoria en virtud del art. 9 comprende fórmulas de gestión compartida de naturaleza voluntaria que tengan por objeto una mejor prestación de los servicios públicos municipales, preferentemente a través de mancomunidades y consorcios, la creación de sociedades mercantiles de capital local e interlocal, así como del resto de entes públicos y privados del sector público institucional local, con la finalidad de prestar servicios públicos municipales o de carácter provincial.

El resultado es que en la prestación de servicios públicos la ley extremeña –igual que la vasca– otorga preferencia a la prestación por el propio ayuntamiento, por entidades de su sector público propio o, en su defecto, por fórmulas asociativas de carácter municipal, sin perjuicio del importante papel que, en términos de garantía del principio de subsidiariedad, tienen las Diputaciones provinciales. Creemos que no se trata de una preferencia por la gestión directa frente a la gestión indirecta, contraria al art. 85.2 LBRL, sino a una preferencia por las formas directas o indirectas de gestión sobre las formas de gestión compartidas o integradas.

Asimismo, cita la sociedad interlocal manifestación de la potestad autoorganizatoria local, pero sin definir ni dotar de un mínimo régimen jurídico.

Ninguna de las normas autonómicas acierta a delimitar la noción de servicio público local frente a la actividad económica local. No incorporan desde la perspectiva del Derecho comunitario y de la concurrencia el concepto de servicios de interés económico general, por ende provocan las mismas dudas relativas al procedimiento a seguir para su implantación, así como para los cambios en las formas de gestión. Sólo la LAULA ha positivizado un concepto más preciso de servicio público local e incorpora la noción comunitaria de servicios de interés general en su articulado. No obstante, la LAULA se debería haber pronunciado con más claridad con relación a los servicios públicos de interés general prestados en régimen de servicio público y en concurrencia acerca del procedimiento a seguir, tanto para su establecimiento, como para los cambios de las formas de gestión.

IV. LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Es importante institucionalizar la evaluación de las políticas públicas y disponer de un marco regulador de su práctica, porque contribuye a mejorar el uso eficaz y eficiente de los recursos públicos y dotar de una mayor transparencia al proceso de toma de decisiones, incluida la relativa a la gestión de los servicios públicos.

La normativa reguladora de la prestación de servicios públicos locales presenta claros déficits e insuficiencias regulatorias en materia de calidad, indicadores y herramientas que permitan obtener datos fiables que promuevan la comparación y el contraste, el seguimiento y la evaluación de objetivos y grado de satisfacción de los usuarios, fundamento de la toma de decisiones. La LRSAL no cita ni una sola vez la palabra «calidad», menos aún la LBRL. Podemos hablar de ausencia de una política pública global de evaluación de la calidad de los servicios públicos locales y grado de satisfacción de los ciudadanos que haga más racional y transparente la toma de decisiones y la evaluación de la prestación de servicios públicos locales.

IV.1. Ley 27/2022, de 20 diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado

La Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de Institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, constituye uno de los hitos incluidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en concreto el componente 11 “Modernización de las Administraciones públicas”. Pone de manifiesto en la Exposición de Motivos que «En nuestro país, en los últimos años se han producido avances importantes en materia de evaluación, aunque aún no se dispone de un marco integrador común que proporcione las herramientas y elementos básicos para impulsar una política de evaluación de las políticas públicas.

---

sidera esenciales, el reformado EA para de Andalucía enumera en el art. 92.2 una serie de servicios básicos de los Ayuntamientos andaluces.

(…) En general, el diagnóstico realizado muestra la dispersión y falta de uniformidad de la práctica de la evaluación, disparidad de criterios a la hora de definir la evaluación de políticas públicas y sus contenidos, ya que se incluye en dicho concepto una gran variedad de actividades de seguimiento, auditoría, supervisión y análisis».

La evaluación de las políticas públicas actualmente constituye una herramienta imprescindible para la mejora de las acciones de gobierno porque favorece la toma de decisiones informada y sirve como elemento para proponer eventuales correcciones.

La Ley de acuerdo con su art. 3.1 es aplicable a la evaluación de las políticas públicas desarrolladas por la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes. Asimismo, entre las actuaciones excluidas de su ámbito de aplicación el apartado 4 del mismo precepto relaciona «todas aquellas actuaciones de auditoría, control de eficacia, supervisión continua, control interno de la actividad económica y financiera, *de calidad de los servicios y cualquier otra actividad de evaluación que sea objeto de regulación específica*».

Dos conclusiones se coligen del precepto, en lo que aquí importa: desde la perspectiva del ámbito subjetivo, no se aplica a las CC.AA ni a las entidades que integran la Administración local; desde la perspectiva material, se excluye de manera expresa las políticas de calidad de los servicios. A este respecto, sigue vigente el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, cuyo objeto según el art. 1 es establecer el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado y regular los aspectos básicos de los programas que lo integran[57].

No obstante, la Ley 27/2022 tendrá carácter supletorio «respecto de aquellos aspectos de las actividades de evaluación de políticas públicas no previstos en la normativa específica». La conclusión es clara, la norma ha dejado fuera las políticas públicas de calidad de los servicios públicos locales. Esta exclusión es la misma que ha llevado a cabo el legislador autonómico en algunas de sus Leyes sobre esta materia, como por ejemplo la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración. La Administración local, sencillamente «no está invitada».

No obstante, la Ley 27/2022 contiene conceptos clave, que por su importancia han de ser inspiradores de un futuro desarrollo normativa de las políticas de calidad de los servicios públicos locales y su evaluación. Uno de esos conceptos clave es el de indicador. El art. 12.1 ordena que las «políticas públicas contarán desde su diseño con indicadores que faciliten su gestión y permitan su seguimiento y evaluación y estarán recogidos en un sistema de información adecuado». Según el apartado 3 del art. 12 tales «indicadores serán específicos, medibles, alcanzables, realistas y temporalmente determinados, y fundados en un sistema de información fiable».

Asimismo, establece que la «nueva» Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas que la Ley prevé como autoridad administrativa independiente (art. 91 LRJSP) elaborará metodologías para facilitar la elaboración y selección de indicadores para el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas, incluyendo sus elementos básicos. Se crea un sistema de Indicadores Comunes que comprende según el art. 14.2:

> «*a)* Los indicadores comunes, los criterios de selección de estos indicadores y su estructura básica, así como la frecuencia de recogida de datos.
>
> *b)* Los mecanismos de acceso, uso e intercambio de información».

La Ley pues, está pendiente de ser implementada.

IV.2. La ausencia o insuficiencia de datos sobre los servicios públicos locales

No existe información o webs que permitan comparar la satisfacción o la calidad de los servicios locales y la información que existe está dispersa, es fragmentada y sólo parcial, lo cual impide conocer la eficiencia de los servicios públicos locales, la comparación, evaluación de su calidad y de las políticas públicas sobre la materia, así como la rendición de cuentas[58].

---

[57] Programa de análisis de la demanda y de evaluación de la satisfacción de los usuarios, Programa de cartas de servicios, Programa de quejas y sugerencias, Programa de evaluación de la calidad de las organizaciones, Programa de reconocimiento, Programa del Observatorio de la Calidad de los Servicios Públicos (no hay definición del concepto de dato o indicador.

[58] Como muestra, véase el último estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) 3229| CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (XIII), Estudio 3229, sábado 20 de octubre de 2018, de ámbito nacional, tiene carácter genérico, no se refiere a los servicios públicos locales.

No obstante, pueden citarse los Datos del Observatorio de Servicios Urbanos (OSUR), organismo adscrito a la Asociación por la Excelencia de los Servicios Públicos, que tiene por objetivo velar por la calidad de los servicios públicos urbanos. OSUR pone el foco en analizar cómo se prestan los servicios de limpieza, transportes, agua, recogida de residuos, gestión de parques y jardines y otros servicios que dependen de los Ayuntamientos. El Barómetro de Satisfacción de Servicios Urbanos es el primer y único ejercicio de valoración de la satisfacción y de percepción de eficiencia de los servicios urbanos por parte de los ciudadanos usuarios. La medición es nacional, autonómica y local desde el foco de las 30 ciudades de mayor población de nuestro país. Pueden consultase los Resultados 2022, primero después de la pandemia, que muestra que se tiene más conciencia de nuestro nivel de servicios y se hace una crítica, en general, más constructiva[59]. Asimismo, pueden consultarse los informes de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), por ejemplo, Informe sobre el precio del agua con datos de diciembre de 2020[60] o OCU limpieza ciudades[61]. A pesar de lo valioso de estos estudios e iniciativas, carecemos de datos globales y de un sistema de indicadores mínimos comunes y contrastables.

IV.3. El coste efectivo de los servicios en la LRSAL

La LRSAL se olvida de la calidad. La legislación estatal de régimen local no hace alusión a ningún estándar de calidad de los servicios públicos locales. Se limita –como es sabido– a regular el coste efectivo de los servicios en el art. 116 ter introducido por la LRSAL en los siguientes términos: «1. Todas las Entidades Locales calcularán antes del día 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior».

Las Entidades Locales deberán calcular los costes efectivos de los servicios públicos que presten directamente o a través de entidades y organismos vinculados, correspondiente a cada uno de los siguientes servicios: *a)* Los servicios de prestación obligatoria mencionados en los artículos 26.1 y 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. *b)* Los servicios derivados del ejercicio de las competencias citadas en los artículos 7, 25.2 y 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Para su cálculo, se tendrán en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios. Por Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, se han establecido los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales[62]. Se trata de un indicador económico sin duda necesario, pero no suficiente. Nada se ha avanzado en estos casi diez años desde la aprobación de la LRSAL en esta materia.

Es oportuno citar el Informe n.º 1.504 del TCu de Fiscalización sobre la información relativa a los costes y rendimientos de los servicios incluida en las cuentas generales de los ayuntamientos de más de 50.000 habitantes, diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares correspondientes al ejercicio 2020, de 21 de diciembre de 2022. Los municipios de más de 50.000 habitantes y las entidades de ámbito superior al municipal deben incluir en sus cuentas generales información sobre aspectos relacionados con la adecuada gestión de los servicios prestados, tanto a través de sendas memorias relativas a los costes y rendimientos de los servicios públicos y al grado de cumplimiento de los objetivos programados, con indicación de los previstos y alcanzados, de acuerdo con el art. 211 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), como mediante las notas 26 “Información sobre el coste de las actividades” y 27 “Indicadores de gestión” de la memoria de sus cuentas anuales. Estas notas de la memoria deben elaborarse, al menos, para los servicios y actividades que se financien con tasas o precios públicos y, para su confección,

---

[59] RANKING IV BARÓMETRO SATISFACCIÓN SERVICIOS URBANOS (OSUR).Los resultados de esta cuarta edición del Barómetro son fruto de la encuesta realizada por ODC a 5.210 personas con el fin de reflejar la opinión de los ciudadanos de las 30 ciudades más pobladas del país: Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Zaragoza, Málaga, Murcia, Palma de Mallorca, Las Palmas de Gran Canaria, Bilbao, Alicante, Córdoba, Valladolid, Vigo, Gijón, L’Hospitalet de Llobregat, Vitoria, A Coruña, Granada, Elche, Oviedo, Terrassa, Badalona, Cartagena, Jerez de la Frontera, Sabadell, Móstoles, Santa Cruz de Tenerife, Pamplona y Alcalá de Henares. Accesible en https://www.osur.es/wp-content/uploads/2022/12/np_iv_barometro-osur_nacional.pdf

[60] https://www.ocu.org/alimentacion/agua/noticias/precios-agua-grifo-2020

[61] Las ciudades más limpias de España. https://www.ocu.org/consumo-familia/derechos-consumidor/noticias/limpieza-ciudades

[62] Resulta muy ilustrativo consultar el documento CUESTIONES RELATIVAS AL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN DE LOS COSTES EFECTIVOS DE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR LAS ENTIDADES LOCALES, 27 de septiembre de 2022, publicado por el Ministerio de Hacienda y Función pública. Accesible en https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/CESEL/Cuestiones-Frecuentes-coste-efectivo-27-09-22.pdf

se tendrán en cuenta los criterios establecidos en la Resolución de 28 de julio de 2011, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se regulan los criterios para la elaboración de la información sobre los costes de actividades e indicadores de gestión a incluir en la memoria de las cuentas anuales del Plan General de Contabilidad Pública.

En el citado informe 1504 el TCu denuncia que existe una carencia general, en las entidades locales analizadas, de sistemas de contabilidad analítica suficientemente desarrollados que permitan obtener información adecuada y oportuna sobre costes y rendimientos de los servicios, de acuerdo con los criterios definidos en la Resolución de la IGAE, no solo a efectos de dar cumplimiento, en la cuenta general, a las obligaciones de información establecidas sobre esta materia, sino también para facilitar la adopción de las decisiones de gestión, con arreglo a criterios de economía, eficacia y eficiencia.

En especial, dicha información es necesaria para garantizar, en aquellas actividades que se financien mediante tasas o precios públicos, el mantenimiento de la adecuada relación entre los ingresos obtenidos y los costes derivados de los servicios que determinan su exacción.

Existe una falta de desarrollo normativo en relación con la información a incluir en las memorias sobre costes y rendimientos de los servicios públicos y sobre el grado de cumplimiento de los objetivos programados, lo que da lugar a la utilización de información muy heterogénea para su elaboración por parte de las entidades analizadas, o bien su falta de cumplimentación.

En la fiscalización se ha observado unos niveles de información muy insuficientes, tanto en lo relativo a las memorias sobre costes y rendimientos de los servicios públicos y sobre el grado de cumplimiento de objetivos, previstas en el art. 211 TRLRHL como en las notas de la memoria de las cuentas anuales. Existe una carencia general de sistemas de contabilidad analítica desarrollados y una insuficiencia de recursos humanos, técnicos y materiales para el cálculo de la información sobre costes y rendimientos de los servicios locales.

Al no existir un desarrollo normativo específico que regule el contenido de la memoria sobre cumplimiento de los objetivos programados, que deben acompañar a la cuenta general de la entidad, el TCu ha observado que algunas entidades cumplimentan la referida información utilizando la regulación establecida para el cálculo del coste efectivo de los servicios del art. 116 ter.

IV.4. Breve referencia a la calidad de los servicios públicos locales en la legislación autonómica de régimen local

Se trata de ofrecer una visión de la normativa autonómica de régimen local más reciente. En consonancia con el análisis efectuado de los servicios públicos y de la iniciativa económica local en la normativa autonómica local, aquí también se va a hacer referencia a la LAULA, LMC, LILE y, por último, la LGAME.

La LAULA en el art. 27 positiviza entre los principios informadores de los servicios locales de interés general: número 9 la calidad en la prestación de actividades y servicios y en el número 10 la calidad medioambiental y desarrollo sostenible. Asimismo, manda que las ordenanzas locales de servicios reglamentados establezcan los niveles mínimos de calidad (art. 29.1.a). Por su parte, el art. 30 ordena que «La ordenanza reguladora de la prestación del servicio público determinará al menos lo siguiente: apartado *d)* Estándares de calidad del servicio y *f)* Régimen de valoración de calidad de cada servicio». Se trata pues de una escueta referencia a la calidad de los servicios y su evaluación. No hay pues diseño de una política de calidad de los servicios públicos locales.

En la LMC la palabra «calidad» aparece en dos ocasiones ambas en el art. 13: en el seno de las medidas a adoptar para la fusión voluntaria de municipios manda atender entre otros, a criterios de calidad de servicios; y en la segregación, ordena que los municipios resultantes ofrezcan la misma calidad de los servicios prestados hasta el momento.

Es la LILE la más preocupada por la calidad de los servicios públicos locales. El vocablo «calidad» aparece en 29 ocasiones en la Ley, si bien es cierto que referida también a la calidad institucional, calidad de vida o calidad democrática. El art. 46 bajo el rótulo Calidad de los servicios públicos locales dispone que: «Los municipios promoverán la calidad de los servicios públicos mediante sistemas de certificación, acreditación o evaluación que se integrarán, en su caso, en las cartas de servicios reguladas en el artículo anterior».

Las cartas de servicios que regula el art. 45 constituyen la herramienta principal. Han de contener «información sobre las principales características de determinados servicios municipales, indicando los derechos y deberes de las personas que los utilicen, así como los compromisos de calidad que se asumen en su

prestación». Para los municipios de más de 20.000 habitantes su aprobación es obligatoria. Nada se dice, en cambio, acerca del carácter vinculante de su contenido.

La D. Transitoria Cuarta establece que en el plazo de cuatro años desde su entrada en vigor los municipios de más de 20.000 habitantes deberán aprobar cartas de servicios o documentos de similares características que deberán contener en todo caso «objetivos cuantificables y un sistema de evaluación o de satisfacción ciudadana por la calidad de los servicios públicos prestados, que deberá hacerse efectivo como mínimo con carácter bianual. Tanto los objetivos como el sistema de evaluación o de satisfacción ciudadana deberán tener incorporada la perspectiva de género».

Por su parte, bajo el rótulo de Información de políticas públicas locales y de la cartera de servicios el art. 54 regula las obligaciones mínimas de transparencia en este ámbito que son las siguientes:

> «*a)* Las entidades locales difundirán de forma clara, accesible, comprensible y sencilla cuál es la cartera de servicios que prestan a la ciudadanía, con expresa indicación de cuáles son los bienes y prestaciones que en cada caso presta la entidad local y el coste de los mismos, tanto global como de forma individualizada.
>
> *b)* Harán públicas, asimismo, las cartas de servicios o documentos equivalentes y, en su caso, los procesos de certificación o acreditación de la calidad de los servicios.
>
> *c)* De cada servicio que se preste se fijarán los horarios, así como los precios públicos o tasas municipales que se deban abonar.
>
> *d)* Asimismo se contendrá una información agregada, sucinta y clara sobre la cartera de los siguientes servicios:
>
> 1. Mantenimiento y obras.
> 2. Seguridad pública y protección civil.
> 3. Recogida y tratamiento de residuos.
> 4. Gestión del agua.
> 5. Limpieza viaria.
> 6. Actividades económicas y licencias.
> 7. Urbanismo y medio ambiente.
> 8. Cultura y deportes.
> 9. Servicios sociales.
> 10. Igualdad de mujeres y hombres.».

En puridad, no alude a estándares de calidad cuantificables en cada uno de los servicios, ni a datos, indicadores o metodologías para su elaboración, medición, comparación y evaluación.

El art. 98 regula lo que puede calificarse un concepto mejorado del coste efectivo de los servicios en comparación con el concepto del legislador estatal del art. 116 ter LBRL. Los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios públicos locales y particularmente los que afectan a servicios mínimos obligatorios, son establecidos por cada diputación para su correspondiente ámbito territorial. Su cálculo corresponde a cada entidad local a partir de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto local o, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas por las entidades vinculadas o dependientes de la entidad local, correspondientes al ejercicio anterior.

Dentro del coste efectivo se podrá tener en cuenta tanto la calidad en la prestación de los servicios públicos, como las características del municipio o servicio prestado, cuestión clave pendiente de desarrollar. El coste efectivo de los servicios tendrá en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios públicos locales, de acuerdo con lo que determine la diputación foral competente en el ejercicio de sus funciones de desarrollo normativo. Por último, la diputación foral previa remisión de cada entidad local, procederá a su publicación, en su caso, por los medios que estime oportunos. Es decir, parece que la publicación no es preceptiva. Se trata de una opción criticable, toda vez que en términos de transparencia, publicidad activa y rendición de cuentas el coste efectivo ha publicarse, pues es una información relevante para el ciudadano.

Dado el papel fundamental que desempeña en el art. 85.2LBRL el coste efectivo de los servicios, –mejorado en el caso de Euskadi–, en el procedimiento para la elección de la forma de gestión más eficiente y sostenible entre las modalidades directas e indirectas, así como en la mejor opción dentro de las formas directas de gestión es fundamental y necesario el desarrollo normativo de los estándares e indicadores de calidad, metodología, criterios de evaluación de cada servicio, así como de las variables según la tipología de cada municipio. En definitiva, está por desarrollar una auténtica política pública sobre los servicios públi-

cos y su calidad. La digitalización de la Administración, la aplicación de la inteligencia artificial y el gobierno de los datos facilitará, sin duda, esta tarea.

La breve LGAME, hace alusión expresa a la calidad de los servicios públicos sólo en el art. 43 dedicado a la financiación incondicionada y sus excepciones. Precisamente entre las excepciones manda que la Junta de Extremadura desarrollará reglamentariamente las previsiones relativas a la financiación condicionada teniendo en cuenta los principios de participación de los entes locales en tales programas de financiación, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como de eficiencia, eficacia y calidad en la prestación de los servicios públicos. Quiere decirse que, el marco normativo de la calidad de los servicios públicos locales en Extremadura está íntegramente por desarrollar.

V. CONCLUSIONES

El régimen jurídico de los servicios públicos locales y de la iniciativa económica local sigue desenvolviéndose en un marco normativo anticuado y de baja calidad regulatoria aquejado de déficits técnicos, falta de claridad, suscita dudas y, por ende, provoca inseguridad jurídica. No se olvide que el grupo normativo aplicable a la prestación de servicios locales y ejercicio de la iniciativa económica local está integrado por el RSCL de 1955, la LBRL cercana a cumplir los treinta y cinco años de vigencia y el TRRL de 1986. La reforma de la LRSAL fue sesgada, prima la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, aunque también incidieron en esta materia la eliminación de viejos monopolios y el favorecimiento de la iniciativa privada. Mas la LRSAL no corrigió ninguna de las importantes deficiencias técnicas persistentes: la ausencia de un concepto de competencia local, la incertidumbre sobre el concepto de servicio público y la delimitación con el ejercicio de actividades económicas o empresariales locales, e íntimamente imbricado con lo anterior, las dudas acerca del procedimiento legalmente establecido para la prestación de servicios públicos locales, incluidos los reservados, obligatorios o facultativos en régimen de concurrencia, así como para los cambios de las formas de gestión. Es decir, el ámbito de aplicación del denominado procedimiento de municipalización regulado en el art. 97 TRRL. Tanto la jurisprudencia –donde en muchas ocasiones domina el casuismo–, como la doctrina mantienen posiciones diferentes. En definitiva, se trata de «viejos» problemas a los que se aplican los mismos «viejos» remedios. A nuestro juicio, la solución ha de venir de la mano de una regulación *ex novo* de la materia, acomodada plenamente al marco de la CE 1978 y del Derecho comunitario europeo a partir del concepto de servicio de interés general y dentro de este género distinguiendo los servicios de interés económico general. Asimismo, hay que suprimir de una vez por todas, el concepto de municipalización nacido en un contexto histórico y normativo que no se acomoda al actual, por lo que tiene que quedar definitivamente atrás.

En el haber de la LRSAL se ha incorporado la perspectiva del impacto sobre el mercado y la concurrencia tanto para la gestión de servicios públicos en régimen de monopolio, como para el ejercicio de la iniciativa económica local. Se erige pues en un criterio de control del ejercicio de actividades económicas y de los servicios públicos y sus modos de gestión basado en la suficiente justificación de la necesidad de la medida y su proporcionalidad con relación a la afectación de la concurrencia en el mercado o por el mercado.

La reforma de la LRSAL como novedad implanta en el art. 85.2 LBRL un procedimiento justificativo basado en criterios de mayor sostenibilidad y eficiencia, así como un criterio de prelación entre los modos de gestión directo de los servicios públicos. Lo importante es que el legislador ha pautado criterios que limitan la discrecionalidad de la Administración en la elección de las formas de gestión de los servicios, directa e indirecta, con el fin de racionalizar la decisión organizativa a través de criterios jurídico formales, el procedimiento y sus cargas justificativas; criterios económicos de eficacia, eficiencia y sostenibilidad financiera –informe del interventor– y coste efectivo del servicio; incidencia sobre la competencia en y por el mercado por los órganos de defensa de la competencia, y también criterios materiales como la correspondencia entre forma jurídica y fin, a los que hay que sumar –cuando se desarrollen normativamente–, los correspondientes indicadores materiales de calidad y grado de satisfacción de los usuarios. Criterios cuya recta conjugación reduzcan a cero la libertad de elección de la Administración.

La LRSAL no cita ni una sola vez la palabra «calidad», menos aún la LBRL. Podemos hablar de ausencia de una política pública global de evaluación de la calidad de los servicios públicos locales y grado de satisfacción de los ciudadanos que haga más racional y transparente la toma de decisiones y la evaluación de la prestación de servicios públicos locales basada en datos fiables que promuevan la comparación y el contraste. Es pues urgente elaborar un marco para la calidad de los servicios públicos locales y su eva-

luación como política pública que contribuya a la toma de decisiones acerca de la prestación de servicios públicos, su evaluación y control.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Colomé i Nin, A. y Grau i Arnau, S. (2017). «Remunicipalización» de servicios locales y competencia. *QDL: Cuadernos de Derecho Local*, (43), 124-157. https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1766

Del Guayo, I. (2017). Formas de gestión de los servicios públicos locales en la Ley núm. 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi. *Revista Vasca de Administración Pública – RVAP*, (107-II), 301-347.

Ezquerra Huerva, A. (2017). Sobre el procedimiento administrativo a seguir para la remunicipalización de servicios. *La Ley*, (8982).

Gamero Casado, E. (2019). Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales. *Revista General de Derecho Administrativo – RGDA*, (52), 1-26.

García Rubio, F. (2015). La iniciativa económica local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (3), 9-34. https://doi.org/10.24965/reala.v0i3.10238

Gosálbez Pequeño, H. (2012). La demarcación municipal. *Derecho local de Andalucía* (p. 345). Iustel.

Huergo Lora, A. (2019). La prestación de los servicios públicos locales. *Documentación Administrativa*, (6), 129-148. https://doi.org/10.24965/da.i6.10768

Jiménez Asensio, R. (2017a). Competencias municipales y actividades complementarias [entrada de blog]. *La Mirada institucional*. Disponible en https://rafaeljimenezasensio.com/2017/11/23/competencias-municipales-y-actividades-complementarias/

Jiménez Asensio, R. (2017b). Competencias municipales y gestión de servicios: estado de la cuestión. *Anuario Aragonés del Gobierno Local* (n.º 9, pp. 219-246). Institución «Fernando el Católico».

León Acosta, M. (2019). El procedimiento para la remunicipalización de los servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LRBRL. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (12), 72-96. https://doi.org/10.24965/reala.i12.10682

Longo, F. (2020). La gestión pública de la pandemia. Estado Abierto: Revista sobre el Estado, la administración y las políticas públicas, *5*(1), pp. 131-143. https://publicaciones.inap.gob.ar/index.php/EA/article/view/172

Merino Estrada, V. (2019). Los procesos de remunicipalización. En E. Avila Cano (coord.), *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua* (pp. 19-72). AEOPAS.

Montoya Martín, E. (2006). *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*. Iustel.

Montoya Martín, E. (2012). Título II. Los servicios y la iniciativa económicas locales. En J. L. Rivero Ysern (dir.), E. Montoya Martín y S. Fernández Ramos (coords.), *Derecho local de Andalucía. Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía local de Andalucía* (pp. 157-200). Iustel.

Montoya Martín, E. (2022). Las entidades públicas empresariales locales. En I. Martí Sardá (dir.) y J. L. Martínez-Alonso Camps (coord.), *Régimen jurídico y configuración de las entidades instrumentales y de cooperación para la prestación de servicios públicos locales*. Thomson Reuters Aranzadi.

Ortega Bernardo, J., De Sade Pérez, M. y Bedmar, M. (2015). El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales. *Anuario de Derecho municipal* (9), 63-96. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/701253/ADM9_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ortega Bernardo, J. (2019). Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal. *Anuario de Derecho Municipal*, (13), 409-418. http://www.revistasmarcialpons.es/anuarioderechomunicipal/article/view/servicios_publicos_y_actividad_economica_privada_y_publica_en_el

Ortega Bernardo, J. (2021). Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal. *Anuario de Derecho Municipal*, (15), 379-396. https://doi.org/10.37417/ADM/15-2021_14

Rama, J., Reynaers, A. M., Navarro, C. y González Medina, M. (2019). Los servicios públicos locales: calidad, externalización y control. *Anuario de Derecho Municipal*, (13), 231-253. http://www.revistasmarcialpons.es/anuarioderechomunicipal/article/view/los-servicios-publicos-locales

Rivero Ysern, J. L. (2014). *Manual de Derecho local* (7.ª ed.). Civitas.

Tornos Mas, J. (2017). La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales. *QDL: Cuadernos de Derecho Local*, 43, 12-30.

Toscano Gil, F. (2017). El sistema de atribución de competencias a las entidades locales en la Ley de Instituciones Locales de Euskadi. *Revista Vasca de Administración Pública – RVAP*, (107), 213-267. https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.107.2017.2.07

Velasco Caballero, F. (2014). Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. *Anuario de Derecho Municipal*, (8), 22-53. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/701213/ADM8_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Velasco Caballero, F. (2017). Competencias de los municipios vascos: tipología y régimen jurídico. *Revista Vasca de Administración Pública – RVAP*, (107-II), 269-300.

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: SECCIÓN MONOGRÁFICA. LOS DIEZ AÑOS TRANSCURRIDOS DESDE LA LEY 27/2013
Recibido: 15-03-2023
Modificado: 30-03-2023
Aceptado: 31-03-2023
Prepublicado: 05-04-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11203
Páginas: 59-81

Referencia: Almeida Cerreda, M. (2023). Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 59-81. https://doi.org/10.24965/reala.11203

Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación

A possible special regime for small municipalities: justification, nature, content and implementation

Almeida Cerreda, Marcos
Universidad de Santiago de Compostela (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1888-6431
marcos.almeida@usc.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Delegado de Protección de Datos de la Universidad de Santiago de Compostela. Responsable de Estudios de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Director del Observatorio de la Regulación de las Entidades del Sector Público.

RESUMEN

El tratar de dar soluciones adecuadas a la problemática específica de los municipios con escasa población y recursos exige que se establezca un régimen jurídico especial para estos. Dicho ordenamiento ha de basarse, entre otros, en los principios de adecuación y diferenciación, y abarcar múltiples materias como: la organización, las competencias, la financiación, la contratación, los procedimientos administrativos, etc. La responsabilidad de articular tal regulación es compartida entre el legislador básico estatal y de desarrollo autonómico.

PALABRAS CLAVE

Pequeños municipios; competencias municipales; organización municipal; financiación local.

ABSTRACT

Seeking appropriate solutions to the specific problems of municipalities with low population and resources requires the establishment of a special legal regime for them. This system must be based, among others, on the principles of adequacy and differentiation, and cover multiple subjects such as: organization, competences, financing, public procurement, administrative procedures, etc. The responsibility for articulating such regulation is shared between the basic state legislator and regional development legislator.

KEYWORDS

Small municipalities; municipal powers; municipal organization; local finances.

SUMARIO

1. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LOS MUNICIPIOS CON ESCASA POBLACIÓN Y RECURSOS. 2. ¿QUÉ ES UN PEQUEÑO MUNICIPIO? ¿Y UN MICROMUNICIPIO? 3. ¿ES NECESARIO UN ESTATUTO BÁSICO PARA LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS? 3.1. ¿EXISTE UN CAM-

PO MATERIAL SUFICIENTE QUE JUSTIFIQUE QUE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS Y LOS MICROMUNICIPIOS TENGAN UN RÉGIMEN JURÍDICO PROPIO SINGULARIZADO? 3.2. ¿CORRESPONDE AL LEGISLADOR BÁSICO ESTATAL AFRONTAR LA ELABORACIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS? 3.3. ¿QUÉ NATURALEZA DEBERÍA TENER EL ESTATUTO BÁSICO DEL PEQUEÑO MUNICIPIO? ¿DEBERÍA DE TRATARSE DE UN CONJUNTO DE REGLAS IMPERATIVAS, EN TODO O EN PARTE, O COMPLETAMENTE DISPOSITIVAS? 4. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS QUE HABRÍAN DE INSPIRAR EL ESTATUTO BÁSICO PARA LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS? 5. ¿CUÁLES PODRÍAN SER LOS CONTENIDOS DEL ESTATUTO BÁSICO PARA LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS? 5.1. DISPOSICIONES RELACIONADAS CON LA ORDENACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 5.1.1. El redimensionamiento de la organización mínima de los municipios. 5.1.2. La reforma del sistema de elección y de la composición de los órganos municipales. 5.1.3. La redefinición de las competencias de los órganos municipales. 5.1.4. La adaptación del régimen de sesiones del pleno. 5.2. DISPOSICIONES RELACIONADAS CON EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS MUNICIPALES. 5.2.1. La adaptación de las reglas procedimentales básicas a seguir en los pequeños municipios. 5.2.2. La simplificación de las reglas a seguir por los pequeños municipios en diversos sectores de su actividad. 5.3. DISPOSICIONES RELACIONADAS CON LA ADECUACIÓN ENTRE LA EFECTIVA CAPACIDAD DE GESTIÓN DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS Y LAS COMPETENCIAS ATRIBUIDAS A ESTOS. 5.4. DISPOSICIONES REFERIDAS A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS. 5.4.1. La dispensa de la prestación de servicios obligatorios. 5.4.2. La ampliación de los sistemas de gestión conjunta de los servicios públicos municipales. 5.5. DISPOSICIONES REFERIDAS A LOS MEDIOS EMPLEADOS POR LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS. 5.6. DISPOSICIONES REFERIDAS A LA MEJORA DE LA PARTICIPACIÓN VECINAL Y DE LA DEMOCRACIA LOCAL. 5.7. DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS. 5.8. DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES. 5.9. DISPOSICIONES RELATIVAS A LA MEJORA DE LA FINANCIACIÓN. 6. ¿SERÍA NECESARIA ALGUNA ACTUACIÓN DE CARÁCTER GENERAL PARA ASEGURAR EL ADECUADO Y EFECTIVO DESPLIEGUE DEL ESTATUTO BÁSICO DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS? 7. ¿CÓMO SE TENDRÍA QUE ARTICULAR NORMATIVAMENTE EL ESTATUTO BÁSICO PARA LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS? 8. ¿CUÁL DEBERÍA SER EL PAPEL DE LA NORMATIVA DE DESARROLLO DEL ESTATUTO BÁSICO DEL PEQUEÑO MUNICIPIO Y QUÉ CONTENIDO PODRÍA TENER ESTA? 9. ¿CÓMO SE TENDRÍAN QUE AFRONTAR LOS POSIBLES CAMBIOS DE RÉGIMEN DE LOS MUNICIPIOS POR MODIFICACIÓN DE SUS CARACTERÍSTICAS?

1. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LOS MUNICIPIOS CON ESCASA POBLACIÓN Y RECURSOS

Desde la instauración del régimen democrático de 1978, los poderes legislativos y ejecutivos, central y autonómicos, no han ha sido capaces de dar una respuesta satisfactoria a las demandas, normativas y económicas, de los entes locales españoles, en especial de los municipios. No han logrado, en definitiva, diseñar para estos un marco jurídico-financiero que les permita desarrollar sus funciones, de forma eficaz y eficiente, proporcionando a sus vecinos los mejores servicios públicos posibles. Así, en primer lugar, las disposiciones que, en la actualidad, regulan el funcionamiento de dichos entes son manifiestamente inadecuadas, en la medida en que son demasiado arduas, ya que están pensadas para administraciones territoriales de mayores dimensiones, como la Administración General del Estado, las cuales se hallan dotadas de múltiples unidades organizativas internas, que pueden afrontar largos y complicados procesos de gestión, pues cuentan con personal suficiente y debidamente especializado. Por otro lado, en segundo lugar, el sistema de financiación de las entidades locales se ha revelado notoriamente insuficiente, para que estas puedan atender, de forma decorosa, todas las competencias que les atribuye el Ordenamiento jurídico y dar una justa respuesta a las reivindicaciones de las comunidades a las que sirven, lo cual constituye un claro incumplimiento del artículo 142 de la Constitución y del artículo 9 de la Carta Europea de Autonomía Local (Velasco Caballero, 2022, pp. 9 y ss.).

Esta doble problemática, común a todas las administraciones locales españolas, es aún más grave en el conjunto de los municipios de menores dimensiones. Estos, en primer lugar, reciben muchos menos fondos de los que precisan para su funcionamiento ordinario, porque, por un lado, los tributos propios (como el impuesto sobre bienes inmuebles) no producen rentas suficientes, pues están diseñados para generar ingresos en entidades, esencialmente urbanas, de dimensiones superiores a las suyas (Muñoz y Suárez, 2018, p. 19; Cordero, Pedraja, y Galindo, 2022, p. 126), y, por otro lado, las transferencias que reciben de otros

niveles territoriales son cicateras, en comparación con las que reciben las entidades de mayor tamaño, debido a los criterios y fórmulas de reparto existentes (Velasco Caballero, 2022, p. 8). Y, en segundo lugar, estos pequeños ayuntamientos se ven obligados a ejercer las mismas competencias y a trabajar con las mismas reglas de funcionamiento que los municipios de mayores dimensiones, para los cuales dichas atribuciones y tales pautas ya eran, como se ha dicho, inadecuadas, en cuanto demasiado extensas, complejas y rígidas, lo que les aboca a operar de forma saltuaria y a obtener resultados insuficientes.

En definitiva, la uniformidad del régimen local español, en sus vertientes normativa y monetaria, contribuye, de modo decisivo, a la asfixia de los municipios de dimensiones más reducidas[1]. Sus escasos recursos humanos, económicos y materiales y las complicadas reglas de gestión de estos les impiden llevar a cabo una eficiente prestación de calidad de los servicios públicos esenciales para su población. Dicho de otro modo, el marco jurídico-económico existente determina que estos entes carezcan de la capacidad administrativa y financiera suficiente para ejercer sus funciones y realizar las actividades que les impone la legislación de régimen local, básica y de desarrollo, y la legislación sectorial.

Ahora bien, es posible que este escenario comience a transformarse, en la medida que, poco a poco, los diferentes operadores, centrales y autonómicos, han ido adquiriendo conciencia, tanto de la urgencia de cambiar esta situación, como de la inviabilidad e inadecuación de las políticas que, hasta el momento, se han diseñado para afrontarla. Estas, ayunas de un fundamento razonable, simplemente apostaban por llevar a cabo fusiones masivas, para lograr administraciones de mayor tamaño que funcionasen, de manera correcta, con los cánones existentes. No sin tiempo, se ha comprendido que el Derecho debe adaptarse a la realidad, no la realidad al Derecho. Por lo tanto, como ha reclamado, de modo reiterado, un sector de la doctrina, se va a exigir al poder legislativo, básico y de desarrollo, que procure que las entidades locales, en especial las más pequeñas, cuenten con un modelo de estructura organizativa y un régimen de funcionamiento acorde con sus dimensiones geo-poblacionales y con las competencias que, en función de las mismas, se le puedan asignar (Almeida Cerreda, 2013, p. 108; Rebollo Puig, 2012, pp. 216-217). De este modo, se ha activado el proceso para ajustar la normativa de régimen local a las circunstancias específicas de miles de nuestras entidades locales de pequeñas dimensiones, aunque falta un adecuado y decidido impulso para culminarlo[2].

---

[1] Como señala Velasco Caballero (2020, p. 22), en España, el gobierno local, por razones históricas, es altamente homogéneo, a diferencia de lo que sucede en otros estados con un nivel de descentralización similar o superior al nuestro (Alemania, Estados Unidos o Canadá) donde suele haber un margen considerable de autodiferenciación para cada entidad local.

[2] En efecto, se está avanzado con gran lentitud en este camino. En el año 2020, en el Plan Anual Normativo para ese ejercicio, se contemplaba ya la aprobación de una ley de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), para la recuperación de la autonomía local, cuya finalidad era triple: *a)* la recuperación de la autonomía local para el diseño de políticas públicas, *b)* la reforma de cuestiones puntuales relativas al procedimiento de elaboración de normas locales y al ejercicio de la función representativa de los cargos electos para ajustarlas a las exigencias de la realidad actual y *c)* el establecimiento de un estatuto básico de pequeños municipios para conseguir fijar la población al territorio, mantener la calidad democrática del municipio, cumpliendo así con la cláusula del Estado democrático, y garantizar las condiciones de vida de los ciudadanos con independencia del territorio en el que residan, a través de la prestación de unos servicios públicos de calidad, entroncando con la cláusula de Estado social (https://bit.ly/3ZEgpNr, consultado en marzo de 2023).

En el Plan Anual Normativo para 2021, a diferencia del anterior, no se contenía ninguna previsión similar. Quizás por ello, la Comisión de Política Territorial del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 16 de diciembre de 2021, acordó aprobar con modificaciones la proposición no de ley sobre la elaboración del Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en los siguientes términos: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a: 1. Elaborar y aprobar un Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población que contribuya a fijar la población en las áreas menos densamente pobladas y garantice la calidad en la prestación de los servicios públicos. 2. Que contenga medidas dirigidas a mejorar la organización y el funcionamiento administrativo, procedimientos de contratación y prestación de servicios por parte de los municipios de menos de 5.000 habitantes. 3. Realizar dicha tramitación en colaboración con la FEMP y resto de actores implicados, buscando el mayor consenso posible para conseguir un texto adecuado a las necesidades de los municipios de menor población. 4. Culminar el proyecto de ley de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local que garantice reforzar el marco competencial de las entidades locales ampliando la autonomía local constitucionalmente garantizada, establecer un régimen especial de organización y funcionamiento para los municipios de menor población o en riesgo de despoblación y facilitar la colaboración entre las Administraciones públicas territoriales y la aplicación del principio de gobernanza compartida reforzando los órganos de cooperación (https://bit.ly/3STeG3S, consultado en marzo 2023)».

Pocos meses después, en el Plan Anual Normativo para 2022, se fijó como objetivo la aprobación de la ley del régimen de organización de los municipios de menor población o en riesgo de despoblación, de medidas de modernización administrativa y de mejora de las relaciones de colaboración de las administraciones públicas, esta norma llevaría a cabo la modificación de la LBRL. Esta regulación estaría llamada a alcanzar cuatro finalidades: *a)* adaptar los servicios públicos locales a las nuevas tecnologías, promoviendo su digitalización; *b)* fomentar en la legislación básica mecanismos de participación ciudadana, sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones autonómicas; *c)* introducir un nuevo título referido al "Régimen de organización de los municipios de menor población o en riesgo de despoblación", estableciendo las adaptaciones necesarias en la organización de los municipios de menor población o en riesgo de des-

En todo caso, el siglo XXI, en el ámbito de la organización administrativa de los entes locales, ha de ser la centuria en la que se alcance, no sólo su diversificación competencial, sino también su diferenciación estructural, con el objetivo de responder a las exigencias que plantea la pluralidad de dimensiones (geográficas, poblacionales y económicas) que presentan dichas entidades (Almeida Cerreda, 2013, p. 108). Y ello, por oposición al siglo XIX, que se caracterizó por ser la era de la búsqueda de la uniformización del régimen local, al tratar de satisfacer la necesidad de racionalizar la heterogénea e incoherente estructura local heredada del Antiguo Régimen, en aras a garantizar el principio de igualdad de todos los ciudadanos (García de Enterría, 1994, pp. 81 y ss.).

Hay que señalar que, hoy en día, este proceso de adecuación, imprescindible para el correcto funcionamiento de todos los pequeños municipios, ha sido impulsado por la necesidad de afrontar el reto demográfico, en especial, por el deseo de evitar la despoblación de grandes zonas de nuestro país. Así, con la idea de atraer población a los pequeños ayuntamientos, se pretende incrementar la operatividad de estos. Aunque se trata de problemas diferentes (Carbonell Porras, 2021, pp. 60 y ss.), no cabe duda de que un aumento de la capacidad administrativa y financiera de los pequeños municipios, derivada de un redimensionamiento de sus obligaciones, de la adaptación de sus normas de funcionamiento y del incremento de su financiación, redundará, de modo directo, en la mejora de la prestación de los servicios públicos, y, en consecuencia, hará que estos territorios sean lugares más atractivos para el establecimiento de actividades económicas, y, por ende, áreas óptimas para la fijación de población.

Por último, hay que recordar que, en este ámbito, no se debe perder de vista que la razón de ser (y de subsistir) de estas pequeñas entidades locales es la garantía del mayor y mejor funcionamiento democrático de la administración de proximidad de los intereses colectivos (Almeida Cerreda, 2013, p. 92). Por ello, las reformas que se planteen han de contemplar también medidas para la intensificación y perfeccionamiento de la calidad democrática y de la participación ciudadana en la gestión de los pequeños municipios. El logro de este doble objetivo será un valor que se tendrá en cuenta por las personas que se planteen trasladarse a los pequeños ayuntamientos: el saber que, en estos espacios, sus voces contarán con un mayor peso puede decantarlos por migrar hacia los mismos.

Por consiguiente, como se ha defendido, no sólo se ha de trabajar en diseñar medidas de simplificación, organizativa y procedimental, de adecuación del nivel y características de los servicios que han de prestar los diferentes tipos de entidades locales, sino también de profundización en la calidad democrática y de avance en la participación en el funcionamiento de estos entes.

2. ¿QUÉ ES UN PEQUEÑO MUNICIPIO? ¿Y UN MICROMUNICIPIO?

Antes de proceder a determinar si los pequeños municipios han de contar con un estatuto especial y cuál podría ser el contenido de este, es indispensable delimitar qué se debe entender por pequeño municipio.

Parece que lo más racional, para afrontar esta tarea, es explorar el Ordenamiento jurídico vigente, a la búsqueda de algún tipo de indicio de qué se puede considerar como ayuntamiento de reducidas dimensiones.

Así, lógicamente, esta indagación ha de comenzar por la LBRL. Al estudiarla, se observa que esta toma la cifra de 5.000 habitantes como umbral para diferentes finalidades: la posibilidad de crear nuevos municipios (artículo 13.2); la necesidad o no de la existencia de junta de gobierno local (artículo 20); la determinación de los servicios obligatorios (artículo 26); la asignación de diversas competencias a las diputaciones provinciales (artículo 36); la fijación de la periodicidad de los plenos (artículo 46); la determinación del número de firmas necesario para las iniciativas populares (artículo 70 bis) o la individuación del modo de dar publicidad a los instrumentos de ordenación territorial y urbanística (artículo 70 ter).

En segundo lugar, el artículo 128 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, también toma el número de

---

población, de acuerdo con el principio de diferenciación, introduciendo medidas específicas de apoyo y colaboración con los mismos por el resto de las administraciones territoriales, así como las medidas de adaptación del régimen de función pública a adoptar en dichos ayuntamientos específicamente y d) contribuir a frenar la despoblación en el marco de los municipios rurales y de menor población, mediante la elaboración de un informe anual que aprobarán las administraciones públicas competentes del que se informará al Senado (https://bit.ly/3EZSmA8, consultado en marzo de 2023).

Actualmente, en el momento en que se escriben estas líneas, aunque se ha informado de que se avanza en la elaboración de la antedicha ley del régimen de organización de los municipios de menor población o en riesgo de despoblación, no se ha hecho público ningún borrador de la misma, y, preocupantemente, la aprobación de esta no figura en el Plan Anual Normativo para 2023.

5.000 habitantes como límite para determinar qué ayuntamientos pueden imponer prestaciones personales y de transporte para la realización de obras de la competencia municipal.

En tercer lugar, el artículo 3.c) de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, dispone, de modo expreso, que se consideran municipios de pequeño tamaño aquellos que poseen una población residente inferior a los 5.000 habitantes.

En cuarto lugar, 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), en su "Disposición adicional segunda. Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales" y en su "Disposición adicional tercera. Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales", emplea, asimismo, la cifra de 5.000 habitantes como umbral de referencia en diferentes ámbitos: la determinación de la estructura organizativa, en materia contractual, de los municipios; la atribución de competencias a los órganos municipales, la fijación de especialidades procedimentales, etc.

En quinto lugar, la regla 1.a de la Orden HAP/1782/2013, de 20 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción del modelo simplificado de contabilidad local y se modifica la instrucción del modelo básico de contabilidad local, aprobada por Orden EHA/ 4040/2004, de 23 de noviembre, usa, como criterio para determinar qué municipios pueden aplicar las normas contenidas en ella, el dato de la población, la cual no puede superar los 5.000 habitantes, junto con el dato económico-financiero, puesto que el presupuesto de los mismos ha de sobrepasar los 300.000€, pero no puede exceder de 3.000.000€.

En sexto lugar, el artículo 39 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local igualmente utiliza, como elemento determinante para establecer qué ayuntamientos podrán emplear el régimen de control interno simplificado, el dato poblacional: no superar los 5.000 habitantes. Eso sí, del mismo modo que la Orden HAP/1782/2013, junto con el umbral poblacional, esta norma impone otro, de tipo económico-financiero: el presupuesto de los municipios que pueden usar el régimen de control interno simplificado ha de oscilar entre los 300.000 y los 3.000.000€.

Finalmente, en séptimo lugar, el artículo 8.1.c del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, también recurre a una combinación de umbrales poblacionales y económicos para ordenar las secretarías municipales. Así, en particular, establece que se catalogan como de «clase tercera» las secretarías de ayuntamientos de municipios de población inferior a 5.001 habitantes, siempre que su presupuesto no exceda los 3.000.000€.

A la luz de estos datos, no cabe duda de que la cifra de 5.000 habitantes marca una cesura clara en la ordenación normativa de los municipios en España[3]. Además, esta cifra cuenta con un amplio aval, tanto en la doctrina, como en el derecho comparado[4]. Por todo ello, parece que lo más lógico sea considerar como pequeños municipios a aquellos que tengan menos de 5.000 habitantes. Ahora bien, dado que lo que ocasiona las dificultades de los pequeños ayuntamientos, es su insuficiente capacidad administrativa, derivada de su falta de medios económicos, personales, y materiales, parece oportuno, como se ha visto que hacen casi la mitad de las normas enumeradas, complementar la definición de pequeño municipio con algún criterio económico. Sin duda, un indicador objetivo de la fortaleza o debilidad de esa organización municipal es el presupuesto que la misma maneja[5]. En consonancia con los límites ya presentes en nuestro Ordenamiento, se podría considerar que los pequeños ayuntamientos son aquellos que cuentan con un presupuesto que no supera los 3.000.000€. No obstante, para evitar frecuentes cambios de categorización, por la existencia de ingresos extraordinarios puntuales, es posible defender que esa cifra se refiera a la media de los últimos cuatro ejercicios.

---

[3] Ello no obsta a que se empleen, además, otras cifras para especificar determinadas reglas aplicables a municipios con diferentes dimensiones y problemáticas. Así, sucede, por ejemplo, en los artículos 75 bis y ter LBRL, para fijar el régimen retributivo de los miembros de las corporaciones locales, en el artículo 104 bis LBRL, para determinar el personal eventual máximo en las entidades locales, o, en el artículo 169 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), para determinar la composición de las corporaciones locales.

[4] Esta cifra sido tomada en ocasiones como referencia por la normativa de régimen local italiana (Tubertini, 2012, p. 710).

[5] Lógicamente, el criterio económico no se tiene en cuenta, de forma explícita, en la LBRL, al determinar el ámbito de aplicación del régimen de organización de los municipios de gran población, ya que sería redundante; pues, un elevado número de habitantes localizados en un área intensamente urbanizada, dado nuestro sistema de financiación, siempre se corresponde con una alta cifra de recursos disponibles (aunque no necesariamente suficientes para hacer frente a las necesidades sociales que existen en la misma).

Llegados a este punto, naturalmente, se plantea la cuestión de que el grupo de los pequeños municipios es muy heterogéneo. Por una parte, existen ayuntamientos con una capacidad administrativa de gestión casi nula, completamente dependientes del auxilio que le proporcionan los municipios vecinos, entidades supramunicipales o las diputaciones provinciales, y, por otra parte, hay ayuntamientos que tienen una innegable capacidad administrativa, técnica y económica, para desarrollar un cierto número de funciones y servicios públicos dirigidos a sus vecinos, de forma eficaz y eficiente (siempre que, como se ha indicado, se adapten a dicha capacidad sus reglas de funcionamiento y el catálogo de las actividades que han de desarrollar).

En consecuencia, dentro del conjunto de los pequeños ayuntamientos tiene justificación el crear otro subconjunto, el de los microayuntamientos, los cuales, a su vez, han de tener un régimen jurídico propio, diferenciado, al menos en parte, de los anteriores (Almeida Cerreda, 2013, p. 109)[6]. La cuestión que se plantea aquí, como antes, es cuáles han de ser los criterios para determinar qué es un micromunicipio. De nuevo, lo más racional parece ser recurrir a una combinación de criterios poblacionales y económicos. Atendiendo a razones sistémicas[7], de derecho comparado[8] y a nuestra tradición histórica[9], desde una óptica actual[10], se podrían considerar microayuntamientos aquellos que tienen menos de 1.000 habitantes y que cuentan con un presupuesto que no supera los 600.000 €, de media en los últimos cuatro ejercicios[11].

3. ¿ES NECESARIO UN ESTATUTO BÁSICO PARA LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS?

La cuestión que intitula este epígrafe, en realidad, se ha de desglosar en tres preguntas diferentes: ¿existe un campo material suficiente que justifique que los pequeños municipios y los micromunicipios tengan un régimen jurídico propio singularizado? ¿ha de corresponder al legislador básico estatal afrontar, en su caso, la elaboración de dicho régimen jurídico? y, finalmente, qué carácter debería de tener esa disciplina ¿imperativa, en todo o en parte, o dispositiva? A continuación, se tratará de dar respuesta a estos interrogantes, de forma concisa.

3.1. ¿Existe un campo material suficiente que justifique que los pequeños municipios y los micromunicipios tengan un régimen jurídico propio singularizado?

Como se ha evidenciado en el epígrafe anterior, en la LBRL, y en otras normas, se contiene ya un simbólico grupo de especialidades referidas a la organización, funciones y funcionamiento de los pequeños municipios y de los micromunicipios. Ciertamente, la escasa densidad de estas, que establecen un mínimo acervo de particularidades, sobre todo en el caso de los microayuntamientos, no permite hablar, hoy en día, de una disciplina autónoma propia de ninguno de estos conjuntos de entidades. Por ello, el interrogante que se plantea es: ¿cabe diseñar un conjunto significativo de reglas que constituyan un auténtico régimen jurídico diferenciado al que puedan o deban estar sujetos estos entes para mejorar su actuación y resultados?

Al revisar la normativa vigente, mientras se individuaban las antedichas singularidades de los municipios de menos de 5.000 habitantes, resultaba evidente que muchas otras previsiones de la normativa de régimen local, de las reglas generales de funcionamiento de las administraciones públicas y de las disposiciones que regulan la intervención de estas en la actividad de los particulares se podrían reformular,

---

[6] En esta misma línea, por ejemplo, el artículo 10.1 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, establece que las entidades locales con población inferior a 500 habitantes y presupuesto inferior a 200.000 euros, podrán ser eximidas por la comunidad autónoma, previo informe de la diputación provincial, cabildo o consejo insular, de la obligación de crear o mantener el puesto de trabajo de secretaría, en el supuesto de que no fuese posible efectuar una agrupación con otras entidades locales para mantener dicho puesto.

[7] La LBRL emplea la cifra de 1.000 habitantes, por ejemplo, para fijar determinadas competencias de las provincias (artículo 36), o para determinar el régimen de dedicación de los miembros de las corporaciones locales (artículo 75 bis).

[8] El umbral de 1.000 vecinos, en ocasiones, ha sido tomado como referencia, por ejemplo, por la normativa italiana de régimen local (Tubertini, 2012, p. 710).

[9] Así, cabe recordar que la Constitución de Cádiz, en su artículo 310, establecía la necesidad de instaurar ayuntamientos en aquellos pueblos de más de 1.000 almas.

[10] Esto es, teniendo en cuenta la actual coyuntura económica, fuertemente inflacionista, a la hora de fijar los límites económicos.

[11] En definitiva, se trataría de municipios que cuentan con menos de una quinta parte de la población y de los recursos económicos máximos de los pequeños municipios.

para alcanzar el citado objetivo de facilitar la actividad de los pequeños municipios, rompiendo la opresiva uniformidad de tales regulaciones, pensadas y diseñadas para su implementación por grandes estructuras burocráticas.

Sin ánimo de exhaustividad, se puede señalar que tendrían que ser objeto de adaptación y modulación, como mínimo, las siguientes materias: *a)* el campo competencial, delimitando las atribuciones que estos entes deben o pueden asumir, en función de su capacidad administrativa; *b)* el ámbito organizativo, diversificando la estructura mínima de los municipios, la elección y composición de los órganos municipales y las competencias de dichos órganos; *c)* el dominio de la democracia local, mejorando la representatividad y facilitando la participación vecinal; *d)* el funcionamiento interno, simplificando la disciplina del procedimiento administrativo general, de los procedimientos económicos y de control y del régimen de la transparencia; y *e)* el sector de la actividad, reduciendo las obligaciones existentes en materia de planificación, de contratación y de prestación de servicios.

Así las cosas, no cabe duda de que, habida cuenta de la cantidad e importancia de las cuestiones indicadas, se justifica perfectamente la creación de un régimen especial para los pequeños municipios y micromunicipios, parangonable al que se contempla en el Título X de la LBRL para los municipios de gran población, el cual se limita al dominio organizativo.

3.2. ¿Corresponde al legislador básico estatal afrontar la elaboración de un régimen jurídico especial para los pequeños municipios?

Si se tiene en cuenta tanto el actual *status quaestionis* relativo a la distribución de las competencias para regular el régimen local, fijado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[12], como el conjunto de materias que tendrían que ser disciplinadas en un posible estatuto de los pequeños municipios, de acuerdo con lo indicado antes, es evidente que este debería de tener naturaleza básica.

Ahora bien, dicho estatuto tendría que restringirse a precisar el mínimo e indispensable común denominador normativo homogéneo en todo el Estado, ya que, en este ámbito, ha de reconocerse no sólo un amplio espacio de desarrollo a las comunidades autónomas, sino también un campo suficiente de concretización a los propios pequeños municipios. En este sentido, en la línea de lo apuntado por Velasco Caballero (2020, p. 27), a la luz del Ordenamiento canadiense: en primer lugar, el Estado debería limitarse a fijar las reglas esenciales de uno o varios regímenes estandarizados, prestando especial atención a determinar, en los diferentes ámbitos de su competencia, el marco en el que los reguladores de desarrollo podrían actuar; en segundo lugar, las comunidades autónomas tendrían que desplegar, de manera detallada, dichos regímenes, ordenando las posibilidades de elección de los pequeños municipios, y, en tercer lugar, correspondería a cada ayuntamiento, tanto optar, en general, por uno de tales sistemas, como adecuar el mismo a su realidad, de forma que, al final, cada ente tuviese un estatus propio, singularizado.

Lamentablemente, el sistema vigente dista mucho de este modelo ideal. En la actualidad, el legislador estatal de régimen local se limita a regular un mínimo conjunto de especificidades del ordenamiento de los pequeños municipios y remite al legislador autonómico el establecimiento de disciplinas especiales para los pequeños ayuntamientos (artículo 30 LBRL). La experiencia, acumulada durante los últimos cuarenta años, muestra que esta fórmula no produce resultados satisfactorios: al ser pocas las reglas privativas contenidas en la legislación básica, el desarrollo de esta ha sido casi inexistente, como se expondrá al final del presente trabajo.

En consecuencia, no cabe duda de que es imprescindible que, en un futuro estatuto básico de los pequeños municipios, el legislador estatal abra a la diferenciación el más amplio conjunto de materias posible. Además, habría de fijar, de forma clara, el círculo de encuadramiento en cada una de ellas (García de Enterría, 1983, pp. 240-242), de modo que los legisladores autonómicos puedan, con plena seguridad, ordenar, con detalle, sus propios modelos y ofrecer opciones concretas de configuración a los pequeños municipios. Solo así, estos podrán construir, conforme a sus peculiares circunstancias organizativas y financieras, ordenamientos propios y singulares que les permitan actuar de la forma más eficaz y eficiente, ofreciendo a su ciudadanía, en función de sus propias capacidades, el mayor número posible de servicios, en condiciones óptimas de calidad.

---

[12] Si bien es cierto que, doctrinalmente, esta es una cuestión muy controvertida, *vid.*, por ejemplo, Font i Llovet (2008) y Ortega Álvarez (2006).

3.3. ¿Qué naturaleza debería tener el estatuto básico del pequeño municipio? ¿Debería de tratarse de un conjunto de reglas imperativas, en todo o en parte, o completamente dispositivas?

Para responder a esta cuestión, se ha de recurrir al principio de autonomía local, en concreto, a una de sus declinaciones: el principio de primacía de la voluntad municipal (Almeida Cerreda, 2000, *passim*).

Así, como se ha expuesto, si cabe la posibilidad de diseñar varios ordenamientos distintos para los pequeños municipios que, a su vez, cuenten cada uno de ellos con diversas configuraciones, en función de las concretas elecciones que puedan realizar dichos entes, y todos estos regímenes permiten funcionar eficaz y eficientemente a tales entidades, el citado principio de primacía de la voluntad municipal impone que se deje en manos de los pequeños ayuntamientos el mayor número de opciones posibles para singularizar su propio estatus jurídico.

Por consiguiente, dicho estatus debería de estar compuesto por un conjunto mínimo de reglas imperativas, de obligado cumplimiento en cualquier situación, y, por un amplio elenco de normas dispositivas, cuya observancia alternativa quede en manos de los propios municipios. Lógicamente, dada la transcendencia de estas decisiones, parece que lo más adecuado sería que dicha elección la efectuase el pleno del ayuntamiento mediante mayoría absoluta.

Ahora bien, dado que el supuesto de que un concreto municipio no lleve a cabo las antedichas opciones, no es una posibilidad extremamente remota, si no, por el contrario, algo fácilmente verificable en la vida cotidiana de nuestras entidades locales, debido a múltiples condicionantes socio-políticos, el legislador autonómico debería diseñar un modelo completo que regiría, en defecto de acuerdo expreso adoptado por la mayoría absoluta del pleno, eligiendo y modulando uno de los sistemas posibles, de acuerdo con la normativa básica y de desarrollo aplicable.

Finalmente, conviene defender, como hace Velasco Caballero (2020, p. 27), que no hay que tener miedo del pluralismo jurídico que resultaría de seguir este camino. Y ello se puede sostener en tres razones:

- Primera, los notables beneficios que se derivan de dicha diversidad. Esta supone un fuerte impulso a la innovación en la organización pública que permite encontrar nuevas y mejores formas de gestionar los asuntos colectivos.
- Segunda, los mínimos riesgos que para la tutela de los intereses generales presenta este sistema. Cada pequeño municipio con su ordenamiento privativo se podría considerar como una *sandbox*. Por lo tanto, dado que los distintos modelos van a operar en estos espacios reducidos, controlados de forma adecuada, constituyen lugares óptimos para efectuar pruebas normativas, pues cualquier fallo carecerá de un impacto crítico. Por otro lado, desde una perspectiva comparada, en la medida en que se basa en elecciones efectuadas en el marco de las leyes estatales y autonómicas, este sistema constituye una técnica de descentralización mucho menos arriesgada que la *expérimentation locale* francesa, puesta en funcionamiento hace más de veinte años.
- Tercera, el carácter esencialmente transitorio de la intensa pluralidad normativa. Así, una posible (aunque improbable) situación inicial de extrema disparidad ordinamental (en la que cada pequeño ayuntamiento contaría con un régimen jurídico propio fuertemente diferenciado del de los demás pequeños municipios) de forma rápida evolucionará hacia un estado de isomorfismo. Y ello es así porque, de modo inevitable, se producirá la expansión o generalización de las mejores soluciones jurídicas, de tal manera que, paulatinamente, se tenderá a la homogenización de los regímenes.

4. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS QUE HABRÍAN DE INSPIRAR EL ESTATUTO BÁSICO PARA LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS?

La elaboración de un estatuto básico para los pequeños municipios, en primer lugar, y, el desarrollo e implementación de este para lograr los objetivos que con él se pretenden alcanzar, en segundo lugar, tendrían que guiarse por los siguientes principios: singularización; democracia; dispositivo y de primacía de la voluntad municipal; simplificación y celeridad.

A continuación, de modo sintético, se expondrán las principales exigencias que plantea el cumplimiento óptimo de cada uno de los antedichos mandatos (Prieto Sanchis, 1996, p. 46).

En primer lugar, el principio de singularización presenta dos caras que hay que considerar de forma separada: la diferenciación y la adecuación. El principio de singularización, en su vertiente de diferenciación,

demanda que, tanto el legislador básico, como los legisladores de desarrollo, a la hora de diseñar las reglas que, eventualmente, compondrán el estatuto de los pequeños ayuntamientos y que regirán su funcionamiento, han de tener en cuenta sus diversas características específicas: su estructura organizativa, sus medios personales, sus recursos financieros, etc.[13] A su vez, este principio de singularización, en su vertiente de adecuación, impone que a los pequeños municipios se les atribuyan, de modo exclusivo, aquellas competencias para la gestión de las que dispongan de suficiente capacidad económica y administrativa, de forma individual o asociada, ponderando también, al hacer esta atribución, los principios de subsidiariedad y de proximidad.

En segundo lugar, la adecuada realización del principio democrático, en este contexto, exige actuar sobre tres dimensiones de la democracia: la representativa, la deliberativa y la directa. En el campo de la democracia representativa, por una parte, se tiene que mejorar el sistema de elección del alcalde y los concejales, y, por otra parte, se debe asegurar la plena transparencia de su gestión y la redición periódica de cuentas sobre ella. En el área de la democracia deliberativa, se ha de estimular la constitución y funcionamiento de asambleas de vecinos, dotadas de la máxima pluralidad social, en las cuales, además de rendir cuentas de su actividad, el gobierno local debatirá las actuaciones más relevantes para la comunidad local; lógicamente, las conclusiones de estas discusiones han de servir para conformar la decisión administrativa que implemente las antedichas acciones significativas. Y, por último, en el dominio de la dimensión directa, se ha de promover que los vecinos propongan la adopción de decisiones al ayuntamiento y se ha de facilitar, al máximo nivel posible, la gestión participativa de las actividades municipales (Oliveira, 2021, *passim*)[14].

En tercer lugar, por una parte, el principio dispositivo, referido esencialmente al ámbito competencial, va a demandar que se requiera la anuencia de los pequeños municipios para encomendarles nuevas tareas, y, por otra parte, el principio de primacía de la voluntad municipal, relativo fundamentalmente al ámbito organizativo, impone que se dé preferencia a las opciones organizativas y de funcionamiento efectuadas por los gobiernos municipales, en el marco de las opciones que, de modo necesario, han de poner a su disposición el legislador básico y de desarrollo (Almeida Cerreda, 2000, *passim*).

En cuarto lugar, el principio de simplificación y celeridad, al igual que el principio de singularización, tiene dos vertientes que se han de analizar de manera independiente: la simplificación organizativa y la simplifica-

---

[13] El principio de diferenciación se encuentra recogido en numerosos preceptos de nuestro Ordenamiento: desde los artículos 2 y 25.2 LBRL, hasta, por ejemplo, el artículo 85.1 del Estatuto de Aragón, el artículo 75.8 del Estatuto de Baleares, el artículo 84.3 del Estatuto de Cataluña o el artículo 64 del Estatuto de Valencia.

No obstante, como recuerda Silvia Diez (2019): «La LBRL estableció un modelo de bases densas, que tendía a la homogeneidad en la estructura del gobierno local en la mayor parte de los municipios –con la salvaguarda del modelo de concejo abierto–. De acuerdo con la STC 214/1989, la organización local está estructurada en dos niveles: básica o necesaria (correspondiente a la legislación del Estado) y complementaria (atribuida a las Comunidades Autónomas) (Fernández Farreres, 2011, pp. 1493). La regulación básica se concibió de forma minuciosa para los órganos esenciales de gobierno, tanto de los municipios como de las provincias. En consecuencia, se estrechó el margen disponible para que las Comunidades Autónomas establecieran una regulación complementaria, conforme a lo previsto en los artículos 20.2 y 32.3 LBRL (Fuertes, 1991, p. 171 ss.; Sánchez Morón, 2011, p. 372); y, lógicamente, se dejó muy poco espacio para los reglamentos orgánicos que quedan vinculados por lo establecido tanto en la LBRL como en la regulación autonómica complementaria (Sánchez Morón, 2011, p. 373; Fernández Farreres, 2011, p. 1481 ss.).

De modo que lo habitual en el modelo español de régimen local ha sido que el gobierno local tuviera la misma estructura en todo el territorio, con independencia de las características de los distintos gobiernos locales a lo largo del territorio. Esta tendencia se rompió gracias a la reforma de la LBRL mediante la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, que estableció diferencias organizativas entre los municipios de "régimen común" y los municipios "de gran población". La ruptura de la homogeneidad fue bienvenida; sin embargo, no tuvo como efecto la apertura de un mayor margen de decisión autonómico o local en torno a la organización municipal. Siguiendo la tradición consolidada a lo largo de los años, el legislador estatal estableció una regulación exhaustiva de la organización municipal, más detallada incluso que en el caso de los municipios de régimen común (Sánchez Morón, 2011, p. 372). La Ley dejaba poco margen de desarrollo tanto a las Comunidades Autónomas como a los propios municipios (de forma crítica, Jiménez Asensio, 2003, p. 74) y ello ha dado problemas en su implementación por los municipios debido a la dificultad que supone cumplir con todas las exigencias legales (al respecto, en detalle, Carbonell Porras, 2009)».

[14] En el ámbito de los pequeños municipios el juego de la democracia directa ha sido reducido con la reforma de la LOREG en 2011. En este año, se suprime el concejo abierto para los municipios con una población inferior a 100 habitantes. De acuerdo con el artículo 184 LOREG, en los municipios con población inferior a 250 habitantes, cada partido, coalición, federación o agrupación podrá presentar una lista, como máximo de tres nombres, si el municipio tiene hasta 100 residentes o de cinco nombres si tiene entre 101 y 250 residentes. Como señala Aranda Álvarez (2011, p. 121) esta reforma a tenido por objeto: «el reforzamiento de la democracia representativa y la limitación de la democracia directa que funcionaba en los municipios de menos de 100 habitantes. Aunque el argumento de que el régimen de Concejo Abierto suponía en muchos casos situaciones de ingobernabilidad, en algunos de esos pequeños municipios puede ser cierto, el resultado práctico y con carácter general es que el sistema representativo contribuye notablemente a los intereses de gobernación por parte de los partidos políticos».

ción y celeridad procedimental. El principio de simplificación, en su conjugación organizativa, impone que la estructura interna de los pequeños municipios sea lo más sencilla posible, siempre que con esta se puedan cumplir, de forma adecuada, las funciones que la entidad tenga encomendadas. Por su parte, el principio de simplificación, en su declinación de agilidad procedimental, exige que todos los procesos que se desarrollen por los pequeños ayuntamientos se hallen integrados por el número mínimo indispensable de trámites administrativos para la consecución de los respectivos objetivos (sin redundancias garantistas, que no son precisas, dada la limitada trascendencia, económica y social de los objetos de decisión municipal) y que, en consecuencia, dichos trámites se evacúen en plazos reducidos. Esta limitación de las diligencias a aquellas estrictamente pertinentes y necesarias y la imposición de la correlativa prontitud en su ejecución se traducirá en una reducción sustancial del tiempo de despacho de los procedimientos administrativos y de los procesos de erogación material de servicios públicos, alcanzando de este modo una mayor eficacia y eficiencia en la actuación de estos entes. Este principio, entre otras operaciones, ha de ser particularmente optimizado en aquellas de naturaleza presupuestaria y contable.

5. ¿CUÁLES PODRÍAN SER LOS CONTENIDOS DEL ESTATUTO BÁSICO PARA LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS?

Como se ha apuntado más arriba, con el fin de mejorar el funcionamiento de los pequeños ayuntamientos, es necesario adaptar diversas disposiciones de la normativa de régimen local, de las reglas generales de funcionamiento de las administraciones públicas y de las disposiciones que regulan la intervención de estas en la actividad de los particulares. A continuación, de modo sistemático y sintético, se indicarán aquellas que se consideran como las principales adecuaciones que se han de realizar.

5.1. Disposiciones relacionadas con la ordenación de la organización administrativa

5.1.1. *El redimensionamiento de la organización mínima de los municipios*

En los micromunicipios, en virtud del principio de simplificación, la organización del ayuntamiento debería restringirse a los siguientes órganos: alcalde, teniente de alcalde y pleno.

Por su parte, en los municipios de pequeño tamaño podría existir, además de los anteriores (incluidos varios tenientes de alcalde), la junta de gobierno local, cuando así lo acuerde el pleno del ayuntamiento por mayoría cualificada. Dicha mayoría ha de ser concretada por la normativa autonómica de desarrollo, siendo deseable que la misma sea de dos tercios, dada la relevancia de esta decisión, y, como se expondrá, la conveniencia de un gobierno, esencialmente, monocrático.

Finalmente, la comisión especial de cuentas, que, en la actualidad, ha de existir en todos los municipios, de conformidad con el artículo 20.1.e) LBRL, debe transformarse en un órgano de institución facultativa. De modo que esta solo pueda existir en los pequeños municipios (no en los micromunicipios), cuando así lo acuerde el pleno del ayuntamiento por mayoría cualificada, la cual, como en el caso de la junta de gobierno local, ha de ser concretada por la normativa autonómica de desarrollo. En este supuesto, parece oportuno que dicha mayoría sea simplemente la mayoría absoluta.

5.1.2. *La reforma del sistema de elección y de la composición de los órganos municipales*

5.1.2.1. *La reforma del sistema de elección y de la composición del pleno*

Actualmente, en los municipios de hasta 250 habitantes, que no funcionan en régimen de concejo abierto, la elección de los concejales se realiza a través del sistema mayoritario con voto limitado, de conformidad con el artículo 184 LOREG. Mientras que, en los demás municipios que no funcionan en régimen de concejo abierto, de acuerdo con el artículo 180 LOREG, para la elección de los concejales se sigue el sistema proporcional diseñado en el artículo 163 LOREG.

Ante esta situación, para intensificar la representatividad democrática de estas entidades, sería conveniente que el estatuto básico de los pequeños municipios:

a) Extendiese la obligatoriedad de emplear el sistema mayoritario con voto limitado a todos los micromunicipios que no funcionen en régimen de concejo abierto.

b) Abriese la posibilidad de que cualquier pequeño municipio pudiese utilizar el sistema mayoritario con voto limitado, si así se solicita por mayoría de dos tercios de los miembros del ayuntamiento y se aprueba por la comunidad autónoma[15].

Por otro lado, para reforzar, aún más, la democracia local representativa, en los plenos de los pequeños municipios de mayores dimensiones, podría ser conveniente incrementar mínimamente el número de concejales elegibles, de conformidad con el artículo 179 LOREG. Así, en los municipios de 2.001 a 5.000 residentes, en lugar de los 11 concejales que se pueden elegir hoy en día, se debería poder escoger a 13. Esto permitiría una distribución más proporcional de los electos por partido político (Lijphart, 2000, *passim*).

5.1.2.2. *La diversificación de los sistemas de elección del alcalde*

Para la adecuada marcha de los pequeños municipios, conviene dotarlos de un único órgano ejecutivo fuerte, el alcalde, sobre el cual recaiga la gestión ordinaria de todos los asuntos. Así, se asegura la agilización de su actividad y la existencia de un liderazgo efectivo en el diseño e implementación de todas las políticas públicas.

Naturalmente, esta concentración de funciones en un solo órgano requiere un plus de legitimidad democrática del mismo. Por ello, en los pequeños ayuntamientos debería procederse a la elección directa del alcalde. Hay que destacar que, en el derecho comparado, es posible encontrar experiencias muy positivas en esta línea (Díez Sastre, 2004, p. 244 y Mahíllo García y Galán Galán, 2015). Así las cosas, sería procedente una modificación de la LOREG que permitiese que, en los municipios con menos de 5.000 habitantes, se efectuase la elección directa del alcalde, cuando así se haya establecido en su reglamento orgánico (Font i Llovet y Galán Galán, 2014, p. 26).

5.1.3. *La redefinición de las competencias de los órganos municipales*

Como se acaba de explicar, es oportuno, en los pequeños municipios, reforzar la posición institucional del alcalde. Ello implica que a este se le deben atribuir diversas competencias que, en los ayuntamientos de régimen común, corresponden al pleno. En concreto, todas las competencias de tipo administrativo, dejando a este último solo las atribuciones de tipo netamente político.

Así, en los pequeños municipios, podrían ser competencia del alcalde, además de las previstas actualmente en el artículo 21 LBRL, las siguientes:

a) La celebración de contratos y convenios.
b) El otorgamiento de concesiones de toda clase.
c) La aprobación de proyectos de obras y servicios.
d) La concertación de operaciones de crédito.
e) La adquisición de bienes y derechos.
f) Las enajenaciones patrimoniales y las permutas de bienes inmuebles.
g) El ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la corporación.
h) La declaración de lesividad de los actos del ayuntamiento dictados por él.

En este sentido, se debería proceder a una modificación de la LBRL de acuerdo con la cual:

a) En los micromunicipios, los alcaldes contarían con las funciones antes enumeradas (y aquellas que les pueda encomendar la legislación autonómica de desarrollo), salvo que, en el reglamento orgánico municipal, se establezca una relación más reducida. Partiendo de la consideración de que este sería el mejor sistema para los municipios con menos de 1.000 habitantes, con esta fórmula, se da una adecuada actuación a los principios de primacía de la voluntad municipal y de diferenciación, de modo que se permite que, a través del reglamento orgánico municipal, el pleno recupere aquellas competencias que una concreta colectividad local considere que, en su contexto, tienen una naturaleza preponderantemente política.

[15] En esta línea, se podría valorar, incluso, la oportunidad y conveniencia de sistemas de elección mayoritarios con listas abiertas (Cosculluela Montaner, 2011, pp. 1495-1562 y Carbonell Porras, 2021, p. 63).

b) En los pequeños municipios, se debe dejar, directamente, en manos del reglamento orgánico municipal la configuración del ámbito competencial. Será este instrumento, el cual, en el marco de la anterior disposición de la LBRL y de la normativa autonómica, determinará qué concretas atribuciones ostentará el alcalde.

Por otro lado, este reforzamiento funcional del alcalde, requiere, además, el reconocer al mismo un verdadero poder normativo propio (Farre Tous, 1997, p. 128). Así, en la LBRL, se debería recoger, de manera clara, que, en los pequeños ayuntamientos, la potestad reglamentaria de las entidades locales se ejercerá a través de bandos de la alcaldía y ordenanzas del pleno. Así, el alcalde podrá dictar bandos e instrucciones: los bandos serían auténticas disposiciones generales de carácter ordinamental, mientras que las instrucciones serían meras directrices de funcionamiento, a través de cuales se dirigen las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes, comprendiendo, por tanto, también, la categoría de las órdenes de servicio.

En consecuencia, por ejemplo, las bases reguladoras de las subvenciones, en los pequeños municipios, se deberían aprobar en el marco de las bases de ejecución del presupuesto, a través de un bando general de subvenciones o mediante un bando específico para las distintas modalidades de subvenciones[16].

Para la aprobación de estos bandos, de carácter reglamentario, en la LBRL se deberían fijar un conjunto mínimo de reglas procedimentales. Estas podrían ser:

Primera.- la aprobación inicial de los bandos se efectuará por el alcalde.

Segunda.- el texto aprobado por el alcalde se expondrá, por medios físicos y telemáticos, y se someterá a información pública por un plazo mínimo de 15 días. Durante este tiempo los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones y sugerencias que estimen oportunas.

Tercera.- finalizada la información pública, el alcalde, en el plazo máximo de 30 días, resolverá todas las reclamaciones y sugerencias presentadas y procederá a la aprobación definitiva del bando.

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá adoptado, de manera definitiva, el bando aprobado inicialmente.

Cuarta.- los bandos habrán de ser publicados en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.

5.1.4. *La adaptación del régimen de sesiones del pleno*

La transformación del pleno en un órgano de debate y control político, al despojarlo de todas las funciones de naturaleza administrativa, permitiría que este, en los pequeños municipios, celebrase sesiones ordinarias cada cuatro meses.

Como contrapartida, para reforzar el principio democrático, en su vertiente representativa, el pleno tendría que celebrar sesiones extraordinarias para la rendición de cuentas sobre cuestiones de notable relevancia, cuando así lo decida el alcalde o lo solicite al menos un concejal, sin que ninguno de ellos pueda solicitar más de cuatro al año.

Estas adaptaciones requerirán, como es lógico, la modificación de la LBRL (artículo 46) y de la normativa autonómica sobre régimen local.

5.2. Disposiciones relacionadas con el funcionamiento de los órganos municipales

5.2.1. *La adaptación de las reglas procedimentales básicas a seguir en los pequeños municipios*

Dada la escasa complejidad de la mayoría de los procedimientos que se siguen en los municipios de pequeñas dimensiones parece lógico que estos, de conformidad con el principio de simplificación y celeridad procedimental, se tramiten de la forma más sencilla y ágil posible.

Por ello, sería oportuno que se introdujese una Disposición Adicional en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) que estableciese que:

[16] Esto supondría modificar el artículo 17.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS). Con esta reforma, los poderes normativos de los alcaldes de los pequeños municipios, en este ámbito, se equiparan, a nivel funcional, a los de los ministros (artículo 17.1 LGS).

a) En los pequeños municipios, todos los procedimientos administrativos se tramitarán de forma simplificada, incluso aunque exijan la realización de trámites no previstos en el artículo 96, los cuales simplemente se añadirán a esta gestión simplificada de los expedientes.
b) No obstante lo indicado, en cualquier momento del procedimiento que sea anterior a su resolución, el órgano competente podrá acordar, de forma excepcional, la tramitación ordinaria por imperiosas razones de interés público.

5.2.2. *La simplificación de las reglas a seguir por los pequeños municipios en diversos sectores de su actividad*

5.2.2.1. *La exención de la obligación de elaborar instrumentos de planificación*

No cabe duda de que cualquier actividad pública ha de estar precedida de una correcta planificación, de modo que esta se rija por criterios racionalmente adecuados, que garanticen su eficacia y que le permitan alcanzar un grado óptimo de eficiencia (Almeida Cerreda, 2021, p. 413). Sin embargo, no siempre va a ser necesario que dicha planificación constituya una actividad formal. Es posible pensar que, cuando la complejidad, la densidad o el impacto económico de la planificación sea muy baja, esta quede relegada al plano de la actividad informal de la administración (Carro y Almeida, 2015, *passim*), con la consiguiente simplificación y agilización de la actuación administrativa.

Partiendo de esta tesis, sería posible exonerar a los pequeños municipios de diversas obligaciones formales de planificación, a través de la modificación de las normas sectoriales que las imponen. Así, por ejemplo, entre otros deberes, estos entes deberían estar dispensados de:

a) Elaborar el plan normativo anual, que exige el artículo 132.1 LPAC, en el cual se contienen las disposiciones reglamentarias que se prevé aprobar en el año siguiente.
b) Formular el plan de contratación anual o plurianual, que impone el artículo 28.4 LCSP, en el cual se recoge el conjunto de contratos que va a realizar el municipio en uno o varios ejercicios presupuestarios.
c) Confeccionar el plan estratégico de subvenciones, que demanda el artículo 8.1 LGS, en el que los municipios deben plasmar los objetivos y efectos que pretenden conseguir con la aplicación de estas, el plazo necesario para su obtención, los costes previsibles y sus fuentes de financiación.

5.2.2.2. *La simplificación de los procedimientos de carácter económico: presupuestarios, contables y de control*

La reducida entidad de los recursos que, como máximo, manejan los micromunicipios, menos de 600.000€, y los pequeños municipios, menos de 3.000.000€, permitiría autorizar que ambos empleasen sendos modelos abreviados de presupuestos.

La simplificación de estos, por ejemplo, se podría referir a la clasificación por programas. Así, en el caso de los micromunicipios, la codificación sólo debería tener un desarrollo de primer grado, señalando el área de gasto. A su vez, en el supuesto de los pequeños municipios, la categorización por programas debería tener una concreción de segundo grado, por lo que tendría que indicar las áreas de gasto y las políticas de gasto. Se trataría de retornar, aproximadamente, a lo que establecía el artículo 167.5 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 (en adelante, TRLHL), desarrollado por el artículo 10 “Clasificaciones aplicables a las entidades locales de menos de 5.000 habitantes” de la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales[17].

Además de estas reglas, sería conveniente que, en la normativa de régimen local con rango de ley (LBRL, TRRL, TRLHL y sus desarrollos autonómicos), se incorporen, con mayor densidad, algunas dispo-

[17] El artículo 167.5 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 (en adelante, TRLHL) disponía que: «Las entidades locales de menos de 5.000 habitantes podrán presentar y ejecutar sus presupuestos a nivel de grupo de función y artículo». Esta adecuación de la normativa a la realidad micromunicipal fue eliminada por la disposición final décima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, ya que era «precisa para realizar una valoración fundada de la prestación de servicios por parte de estas entidades». Como se puede observar, un supuesto interés general estadístico prevalece sobre el adecuado funcionamiento de los pequeños municipios, demostrando de nuevo la aversión legislativa al principio de diferenciación.

siciones esenciales de simplificación en materia de gestión contable e intervención económica, que, actualmente, como se puede inferir de lo expuesto en el epígrafe segundo del presente trabajo, se regulan por Reales Decretos o, incluso, por Órdenes Ministeriales.

5.2.2.3. *La flexibilización de las reglas en materia de contratos públicos*

La normativa sobre contratación pública es uno de los sectores del Ordenamiento jurídico técnicamente más complejos, aunque, al mismo tiempo, es uno de los más empleados por los operadores locales en su día a día, ya que los contratos, en la actualidad, constituyen mecanismos indispensables para implementar todo tipo de políticas públicas. En consecuencia, la adecuación (en el sentido de simplificación) de sus normas a la realidad de los pequeños municipios ha de ser una prioridad.

En esta línea, es evidente que la regulación de los contratos del sector público local, en España, es susceptible de numerosas mejoras. No obstante, en el presente trabajo, se pondrá el foco, exclusivamente, sobre tres que se consideran esenciales para la mejor, más rápida y más fácil gestión de los procedimientos contractuales por los pequeños ayuntamientos.

En primer lugar, en consonancia con lo que hacen las propias instituciones de la Unión Europea (Almeida Cerreda, 2022, p. 147), *mutatis mutandis*, se deberían ampliar los umbrales dentro de los cuales es posible recurrir a los contratos menores. Si bien, como contrapeso, para evitar situaciones de mala administración, se debería incorporar al Ordenamiento español el principio de rotación de los adjudicatarios, vigente en los sistemas italiano y vaticano (Betetos Agrelo, 2022, p. 497). Este mandato impone que los contratos menores se adjudiquen, por orden cronológico, a los licitadores que se inscriban en un registro creado con esta finalidad. Se trata de una medida mucho más efectiva, desde el punto de vista de la integridad pública, que la solitud de tres presupuestos, que, por vía de instrucción, se quiere imponer en nuestro sistema. Esta práctica, por una parte, puede ser de difícil cumplimiento, en los pequeños municipios, donde quizás no haya esos tres operadores, y, por otra parte, constituye un estímulo a la realización de actuaciones poco éticas, como la solicitud de ofertas de «favor», para cumplimentar el expediente.

En esta misma línea, en segundo lugar, sería oportuno alzar los límites por debajo de los cuales es posible recurrir al procedimiento abierto simplificado, disciplinado en el artículo 159 LCSP. En efecto, se puede defender que dichas cifras se podrían duplicar, tanto para los contratos de obras como para los contratos de suministros y servicios.

Finalmente, en tercer lugar, convendría aligerar las cargas burocráticas para los pequeños ayuntamientos en la gestión de los contratos públicos, eximiéndolos, por ejemplo, de la necesidad de contar con la figura de responsable del contrato, exigida por el artículo 62 LCSP, en atención a las reducidas dimensiones de los negocios celebrados por ellos.

5.3. Disposiciones relacionadas con la adecuación entre la efectiva capacidad de gestión de los pequeños municipios y las competencias atribuidas a estos

En este ámbito, es posible concebir dos tipos de actuaciones: la exigencia de una justificación acentuada a la hora de otorgar atribuciones a los pequeños ayuntamientos y el reforzamiento de la autonomía de estos, confiriéndoles la capacidad de aceptar o rechazar la encomienda de nuevas tareas públicas.

Así, en primer lugar, para intentar estimular el respeto de este principio de adecuación de las funciones que se atribuyen a los pequeños municipios a su capacidad de gestión real (producto de sus concretos recursos humanos, materiales y financieros), es necesario que se establezca la obligación de que cada norma que les confiera nuevas competencias explique, en su exposición de motivos o preámbulo, la ponderación efectuada de tal principio y el grado de realización del mismo que plantea.

Obviamente, las afirmaciones, que se contengan en los textos citados, han de sustentarse en los oportunos estudios técnicos. Estos han de hallarse recogidos en una memoria de impacto normativo, informada por los órganos de cooperación que se establezcan, donde se dará audiencia a los pequeños municipios (Medina Alcoz, 2009, *passim*). Todo ello como complemento de las limitaciones a la asunción de competencias para asegurar la sostenibilidad financiera de todo tipo de municipios, previstas en el artículo 25 LBRL.

Es evidente que lograr el efectivo respeto de este principio no será una tarea sencilla. Hoy en día, es fácil comprobar que los legisladores, estatal y autonómicos, no se muestran receptivos a establecer diferencias entre administraciones locales, en la medida en que siguen prefiriendo apostar por la uniformidad regulatoria, la cual, como se ha explicado, es insoportable para los pequeños municipios. Un ejemplo de

esta falta de sensibilidad y de la ausencia de la oportuna ponderación del principio de adecuación se puede encontrar en la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, en cuyo preámbulo se puede leer: «Así, si bien es cierto que la Directiva atribuye a los Estados miembros la decisión de dispensar de algunas obligaciones a los municipios de menos de diez mil habitantes, esta ley no contempla esta excepción. En consecuencia, atendiendo a la necesidad de ofrecer un marco común y general de protección de los informantes […] se extiende a todos los municipios la obligación de contar con un Sistema interno de información [...] cada administración local ten[drá] un responsable de su sistema interno de informaciones».

En segundo lugar, es posible defender que la asunción de nuevas funciones por parte de los pequeños ayuntamientos ha de ser facultativa. Así, el principio dispositivo, referido al incremento de los ámbitos de actuación, debería inspirar el futuro estatuto de los pequeños municipios. En este sentido, en la LBRL, debería incorporarse un apartado 6 al artículo 25, en el que se señalase que la efectividad de la atribución de nuevas competencias a los pequeños ayuntamientos requerirá su aceptación por los entes interesados, y, que, en defecto de esta, la comunidad autónoma tendrá que determinar la administración que, en cada caso, habrá de asumir la tarea de que se trate.

Para cerrar este epígrafe, se debe hacer patente que ambos mecanismos propuestos adolecen del mismo defecto. Se trata de medidas con un bajo poder coercitivo: nulo frente al legislador estatal y bajo frente a los legisladores autonómicos, los cuales sólo tendrán que asumir el riesgo eventual de que sus normas sean declaradas inconstitucionales, en muchos casos, transitando por la infructuosa vía del conflicto en defensa de la autonomía local (Pomed Sánchez, 2017, *passim*). Así, no es difícil imaginar que, aún con la aprobación de las antedichas medidas, los poderes legislativos continuarán atribuyendo a los pequeños ayuntamientos las competencias que entiendan oportunas, sin elaborar las justificaciones exigibles y sin dar a estos la opción de aceptarlas o rechazarlas. No obstante, quizás, estas previsiones puedan servir, al menos, para suscitar el debate sobre el principio de adecuación en sede parlamentaria y para contribuir, así, poco a poco, a la superación de la cultura de la uniformidad jurídica.

5.4. Disposiciones referidas a la prestación de servicios por los pequeños municipios

5.4.1. *La dispensa de la prestación de servicios obligatorios*

En este punto, para la optimización del cumplimiento del principio de adecuación, parece necesario recuperar, en la legislación básica, la posibilidad de que los pequeños ayuntamientos puedan solicitar de la comunidad autónoma respectiva la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos que les corresponden, según lo dispuesto en el artículo 26.1 LBRL. Y ello aunque no sea previsible un uso significativo de este mecanismo (Almeida Cerreda, 2013, p. 85). Esta opción, que se contemplaba en la redacción original de la LBRL, fue suprimida *a radice* por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Ahora bien, dicha operación debería efectuarse teniendo en cuenta el principio de diferenciación, de modo que se contemplen dos regímenes diversos: uno para los micromunicipios y otro para los pequeños municipios.

En el caso de los primeros, se debería establecer una presunción *iuris et de iure* de dificultad de gestión de los servicios obligatorios. Por ello, siempre que estos demanden a la comunidad autónoma respectiva la exención de la obligación de prestar uno o varios de los servicios mínimos, esta se la deberá conceder, sin más trámite que individuar la entidad que habrá de hacerse cargo de dichos servicios, previa audiencia de la misma.

Por el contrario, en el supuesto de los pequeños municipios, estos han de solicitar a la comunidad autónoma respectiva la dispensa, temporal o indefinida, de la obligación de prestar todos o alguno de los servicios mínimos, justificando, en cada caso, tanto la excesiva carga que para ellos supone la implantación y/o prestación de cada servicio, como la imposibilidad de establecer y/o erogar el mismo recurriendo a fórmulas colaborativas o de gestión conjunta. Además, dicha petición tendrá que acompañarse de una propuesta de reasignación de las obligaciones de prestación del servicio público de que se trate. Este proyecto, previamente, tendrá que haber sido comunicado y negociado, de buena fe, con la entidad que se identifique como posible prestadora substituta del servicio o servicios mínimos objeto de la instancia de exoneración.

La comunidad autónoma, una vez recibida la petición de dispensa y la documentación anexa, la examinará, y previa audiencia de todas las entidades locales afectadas, procederá bien a rechazar el otorgamiento

de la exención o bien a concederla, por el tiempo que estime oportuno, y a fijar la entidad que durante el mismo deberá responsabilizarse del servicio o servicios de que se trate.

5.4.2. *La ampliación de los sistemas de gestión conjunta de los servicios públicos municipales*

Para facilitar la erogación de servicios públicos en los pequeños municipios, sería conveniente que se incluyesen en la legislación básica nuevas (aunque no novedosas, en cuanto que ya se disciplinaron o se hallan regulados a nivel autonómico)[18] fórmulas de prestación conjunta, ágiles y poco burocráticas, como son la gestión compartida convencional y las agrupaciones o comunidades de municipios[19].

Así, respecto de ambas figuras, sería conveniente que la normativa básica de régimen local las conceptualizase y fijase un mínimo régimen legal común.

Por una parte, la gestión compartida vía convencional podría ser descrita, en la LBRL, como la unión, sin personalidad jurídica, de pequeños municipios, colindantes o no, que tiene como objeto la realización de funciones administrativas o la prestación de determinados servicios en común[20]. Su disciplina debería establecer que esta se articula mediante un convenio marco suscrito por los antedichos municipios, y, eventualmente, por la diputación provincial respectiva y/o por la comunidad autónoma y que tal convenio marco se desarrollará por convenios específicos, para cada una de las funciones o de los servicios que se incluyan en él. En este último punto, se podría fijar, además, alguna especialidad de estos convenios respecto de la regulación general contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), como podría ser la duración indefinida de los mismos.

Por otro lado, las agrupaciones de municipios podrían definirse como un ente institucional integrado, voluntaria u obligatoriamente, por varios municipios, los cuales conservan su propia personalidad jurídica, para el desarrollo conjunto de concretas funciones, actividades o servicios[21]. La regulación de esta figura debería inspirarse, extrayendo las reglas esenciales, en las comunidades de municipios que se encuentran reguladas en los artículos 123 y siguientes del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, en adelante, TRLMC (Galán Galán, 2002, *in totum*)[22].

---

[18] Y se pueden encontrar precedentes también el derecho comparado (Piperata, 2012, *passim*).

[19] Ello no obsta a que, al mismo tiempo, también se proceda a mejorar la regulación de otras fórmulas, ya previstas en la LBRL y su desarrollo autonómico, como las mancomunidades, que podrían ser útiles no solo a los pequeños ayuntamientos, sino también a los municipios de régimen ordinario (Ferreira Fernández, 2006, *passim*).

[20] Esta figura tiene su origen en los artículos 38, 45 y 46 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana (en adelante, LRLCV).

[21] En el Ordenamiento preconstitucional, constituían una fórmula de cooperación interadministrativa necesaria y de carácter general, prevista en la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de bases del estatuto de régimen local y desarrollada a través del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articulaba parcialmente la antedicha ley. Pese a que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 4/1981, de 2 de febrero, confirmó su plena constitucionalidad, incluso en su modalidad forzosa, la LBRL no las reguló y el TRRL, se limitó a incorporar exclusivamente la disciplina de las agrupaciones para el sostenimiento en común de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación estatal. Este hecho ha determinado que las comunidades autónomas sólo hayan contemplado las agrupaciones municipales con dicha finalidad, o que, como mucho, hayan extendido el uso de esta técnica al sostenimiento de otro personal (Almeida Cerreda, 2013, p. 114). Así, por ejemplo, se pueden citar los artículos 160 y 161 LRLCV.

[22] De conformidad con los citados preceptos, los municipios catalanes, para gestionar y ejecutar tareas y funciones comunes, adecuadamente determinadas, pueden asociarse con otros ayuntamientos, no necesariamente limítrofes, y crear, mediante la suscripción del correspondiente convenio, una comunidad de municipios, la cual puede tener carácter temporal o indefinido.

El artículo 123.2 TRLMC precisa que las comunidades de municipios no tienen personalidad jurídica propia. No obstante, este mismo precepto determina que los acuerdos que adopten vinculan a todos los ayuntamientos agrupados y tienen eficacia frente a terceros, como si fueran adoptados por todos y cada uno de los municipios que integran la comunidad. En este mismo sentido, el artículo 127.2 del texto legal citado dispone que todos los ayuntamientos agrupados responden de forma solidaria de los acuerdos adoptados por los órganos de la comunidad.

Por último, es interesante destacar el contenido que, según el artículo 126 TRLMC, ha de tener el convenio de creación de la comunidad. Este precepto establece que dicho convenio tiene que definir y regular los aspectos necesarios para que la misma funcione adecuadamente, en particular los siguientes: *a)* los municipios que comprende; *b)* el objeto, la denominación y las finalidades de la comunidad; *c)* el municipio donde tiene su domicilio la comunidad y donde se custodia el libro de actas; *d)* los derechos y los deberes de los municipios agrupados; *e)* la relación de las competencias que se confieren a la comunidad para ejercer las funciones que le correspondan; *f)* los órganos de la comunidad, con referencia a su procedimiento de designación y de cese, a la composición, a las funciones y al régimen de funcionamiento y de adopción de acuerdos de los mismos; *g)* los recursos financieros, las aportaciones y los compromisos de los municipios que integran la comunidad; *h)* el plazo de duración y los supuestos y el procedimiento de disolución y liquidación de la comunidad e *i)* las condiciones para la incorporación de nuevos miembros a la comunidad y para la separación de alguno de los municipios que la integran.

5.5. Disposiciones referidas a los medios empleados por los pequeños municipios

En esta esfera, hay que distinguir dos sectores en los cuales cabe adoptar diversas medidas que, en aplicación del principio de simplificación, se dirijan a facilitar la gestión interna de los pequeños municipios, sin afectar a la legalidad y oportunidad de la actuación administrativa. Estos ámbitos son el campo de los recursos humanos y el de los bienes públicos.

En primer lugar, dado el reducido o reducidísimo número de empleados públicos que tienen este tipo de entes, parece lógico eximirlos de la obligatoriedad de disponer de medios y sistemas de planificación pensados para introducir racionalidad en la gestión de grandes plantillas de personal. Estos mecanismos, además, normalmente, presentan una alta dificultad técnica de elaboración, la cual, sin duda, supera la capacidad administrativa de los pequeños municipios. Así, por ejemplo, debería ser facultativo para los pequeños ayuntamientos el disponer de un registro de personal (artículo 71 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante, EBEP, y 90.3 LBRL) y de una relación de puestos de trabajo o instrumento similar (artículo 74 EBEP y 90.2 LBRL).

Del mismo modo, en segundo lugar, dado el limitado conjunto de bienes que integran el patrimonio de estas párvulas administraciones públicas, se justifica perfectamente el que se reduzcan las exigencias en la gestión de este. Así, podrían ser eximidas de la obligación de formar inventario (artículo 32 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en adelante, LPAP) y del deber de inscribir sus bienes y derechos en el registro de la propiedad (artículo 36 LPAP). Además, en este campo, también sería conveniente explorar la posibilidad de simplificar los distintos procedimientos administrativos de gestión.

5.6. Disposiciones referidas a la mejora de la participación vecinal y de la democracia local

El principio democrático, en su vertiente deliberativa, exige que, en los pequeños municipios, los gestores locales, el acalde o el teniente de alcalde, rindan cuentas a los vecinos de forma directa, a través de reuniones abiertas convocadas a este fin.

Por ello, en la normativa básica de régimen local, se debería establecer el deber de que, en los pequeños ayuntamientos, que no funcionen en régimen de concejo abierto, al menos, cuatrimestralmente, el alcalde convoque a los vecinos a una asamblea en la que se los informará de la situación de la entidad, de las actuaciones realizadas, de los resultados alcanzados y de los proyectos y actividades a llevar a cabo en los cuatro meses siguientes. En los micromunicipios, se podría prever que dicha convocatoria se efectúe, al menos, semestralmente.

Además, debería de ser obligatorio que, antes de adoptar una decisión de gran relevancia para el municipio por su impacto económico, social o territorial, el alcalde convocase una asamblea vecinal extraordinaria. En esta reunión, el gobierno local tendría que explicar y debatir con los vecinos la concreta implementación de la actuación relevante para la comunidad local de que se trate. Y, luego, deberá tomar en consideración las opiniones formuladas por ellos a la hora de adoptar la decisión definitiva.

En síntesis, el régimen básico de estas juntas vecinales podría ser el siguiente. La celebración de la asamblea se publicitará con al menos 15 días de anticipación, momento en el cual se pondrá a disposición de los ciudadanos, a través de los instrumentos de transparencia con los que cuente la administración, todas cuantas informaciones sean relevantes para la misma. Por otro lado, sin perjuicio de que, en cada reunión, participe todo vecino que lo desee, el ayuntamiento habrá de procurar, mediante invitaciones singularizadas, que intervengan en ellas todas las asociaciones representativas de intereses locales que actúen en su territorio. Estas asambleas, para facilitar la participación de los residentes, tendrán que ser retransmitidas por medios telemáticos. En las mismas existirá un turno de preguntas y peticiones, las cuales deberían poder ser formuladas por los ciudadanos, bien en el acto o bien con antelación, por alguno de los canales, físicos o electrónicos, que ponga a su disposición el ayuntamiento.

Por otro lado, en este ámbito, la LBRL también debería regular el derecho de los ciudadanos a obtener, en un plazo razonable, de forma individual o colectiva, una entrevista, en presencia o telemáticamente, con el alcalde o el teniente de alcalde que lo sustituya para exponer las problemáticas que les afecten y/o plantear la adopción de concretas decisiones al ayuntamiento. El objeto de estos encuentros, así como las actuaciones que traigan causa de las mismas, serán objeto de una adecuada publicidad.

5.7. Disposiciones relativas a las relaciones interadministrativas

En este campo, en el vigente Ordenamiento local, existe una importante laguna. No se contemplan, de modo específico, las relaciones intermunicipales. Las cuales, verdaderamente, pueden ser un importante medio para que los pequeños municipios afronten, de forma conjunta o apoyándose en un ayuntamiento de mayores dimensiones, el desempeño de las funciones y la erogación de los servicios que les encomiende la normativa. Es, por ello, que convendría que en la regulación básica de régimen local se disciplinasen tanto las delegaciones intermunicipales de competencias, como las encomiendas intermunicipales de competencias, estableciéndose, de ser necesario, alguna especialidad de estas respecto del régimen común contenido en la LRJSP[23].

Así, por lo que respecta a las delegaciones intermunicipales de competencias, sería conveniente que se modificase:

a) El artículo 7.3 LBRL estableciendo que el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, podrán delegar en cualquier entidad local el ejercicio de sus competencias.

b) El artículo 27.1 LBRL disponiendo que el Estado, las comunidades autónomas y los municipios, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, podrán delegar en (otros) municipios el ejercicio de sus competencias. Además, este precepto debería precisar que, en el caso de las delegaciones de competencias intermunicipales, estas se deben justificar en razones de eficacia o en la ausencia de capacidad suficiente para el desempeño de la función o la erogación del servicio cuya delegación se pretenda.

Por lo que se refiere a las encomiendas de gestión, sería conveniente la introducción de un artículo 7 bis en la LBRL. En este, por un lado, se debería recoger expresamente la figura de la encomienda intermunicipal y, por otro lado, se habrían de incorporar adecuadamente adaptadas las disposiciones, que se contienen en el artículo 11 LRJSP, en especial, en lo que se refiere al contenido de las encomiendas de gestión.

Así, dicho precepto tendría que establecer que: «1. Los municipios podrán encomendar la realización de actividades de carácter material o técnico de su competencia a otros municipios, a las provincias[24] o entidades equivalentes, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del municipio encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

En todo caso, la entidad encomendada tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.

3. La articulación de las encomiendas de gestión se ajustará a las siguientes reglas:

a) La formalización se llevará a cabo mediante firma del correspondiente convenio, que En el convenio de encomienda se deberán precisar:

- Las decisiones reservadas al municipio encomendante,
- las condiciones en las que se deba desarrollar la gestión de la función o del servicio encomendado,
- las compensaciones económicas que, en su caso, deba abonar el municipio encomendante a la entidad encomendada,

---

[23] En este sentido, en el anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local, que constituyó un intento fallido de substituir la LBRL, en su versión de mayo de 2006, se establecía:

«Artículo 29. Delegación de competencias y encomienda de servicios.

1. El Estado y las Comunidades Autónomas podrán delegar competencias o efectuar encomiendas de gestión de actividades y servicios a las Entidades locales, *y éstas entre sí* (la cursiva no es original). Para su efectividad se requerirá la aceptación de la Entidad local interesada, salvo que por ley se imponga obligatoriamente.

2. La delegación o encomienda habrá de ir acompañada de la dotación o el incremento de medios económicos necesarios para desempeñarlas. En ningún caso las Entidades locales estarán obligadas a asumir la delegación o encomienda si la Ley que las impone no prevé tales medios».

[24] Actualmente, la encomienda a las provincias se halla amparada en el artículo 36.2.d LBRL, aunque carece de una regulación específica.

- la vigencia prevista, que podrá ser indefinida,
- el derecho de ambas partes a la libre resolución,
- y el régimen de dicha resolución y liquidación.».

5.8. Disposiciones relativas a las relaciones intergubernamentales

Para garantizar que los pequeños ayuntamientos, en todos los sectores de la actividad administrativa, pueden exponer sus problemáticas específicas a las instancias competentes para disciplinarlas, sería útil que la LBRL crease, en el seno de la Conferencia sectorial para asuntos locales, una Conferencia de pequeños municipios, de la que formarán parte la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas y una representación, suficientemente amplia, de los alcaldes de los micromunicipios y pequeños municipios, designada por la Federación Española de Municipios y Provincias.

5.9. Disposiciones relativas a la mejora de la financiación

Siguiendo a Velasco Caballero (2022, *passim*, en especial p. 29), habría que articular, en el seno del sistema de transferencias estatales (y también en los autonómicos) dos fondos diferentes: uno destinado sólo a garantizar la suficiencia financiera del conjunto de los municipios, en función de las necesidades de gasto estandarizadas, y distribuido con el dato único de la población; y otro, con función de nivelación intermunicipal, articulado a través de diversos indicadores de debilidad financiera (como la densidad demográfica, la orografía, índices de renta disponible, etc.).

6. ¿SERÍA NECESARIA ALGUNA ACTUACIÓN DE CARÁCTER GENERAL PARA ASEGURAR EL ADECUADO Y EFECTIVO DESPLIEGUE DEL ESTATUTO BÁSICO DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS?

La respuesta a esta pregunta es indudablemente afirmativa. Aprobar y aplicar un estatuto básico para los micromunicipios y pequeños municipios tendrá unos efectos limitados si, de manera simultánea, no se lleva a cabo una redistribución de competencias entre las diferentes instancias administrativas que permita liberar a tales entidades de la ejecución de tareas que exceden de su capacidad de gestión y que lastran su operatividad.

Esta actuación, en esencia, consiste en examinar y valorar, en términos de eficacia y eficiencia, la actividad realmente desarrollada o potencialmente realizable por los diferentes entes públicos territoriales, y, en función de la evaluación efectuada, proceder, en su caso, ponderando el principio de proximidad, a reasignar entre los mismos las competencias para desenvolver las distintas tareas que integran la acción pública. Este proceso ha de consistir, por una parte, en establecer, mediante la elaboración de los correspondientes estudios técnicos, cuál es el ámbito territorial óptimo (en términos geo-poblacionales) para la prestación de los diferentes servicios y funciones públicas, y, por otra parte, en individuar, de acuerdo con sus capacidades de gestión, a cuál o cuáles de los entes, que actúan en el ámbito territorial óptimo de desarrollo de cada concreta función o servicio, se les puede atribuir, individual o conjuntamente, la competencia para ejercerlos (Almeida Cerreda, 2013, p. 102).

Así, teniendo en cuenta la actual distribución competencial, de llevarse a cabo este estudio, como fruto del mismo, podría resultar que todos o determinados tipos municipios, los pequeños municipios o los micromunicipios, pierdan alguna de sus competencias de gestión de funciones o de erogación de servicios, en favor de otros entes locales (Almeida Cerreda, 2013, p. 103). Estos, probablemente, serían las diputaciones provinciales, si se estimase que el ámbito territorial óptimo para el ejercicio de tales actividades excede del de aquellos entes, iniciándose así el proceso de redención de las provincias (Ortega y Gasset, 1967, *passim*).

Sin solución de continuidad, tales resultados se tendrían que traducir normativamente. Ello implicaría que, en primer lugar, el legislador básico estatal debería fijar los ámbitos materiales en los cuales tendrían que ejercer sus competencias los ayuntamientos, diferenciando entre grandes municipios, municipios de régimen ordinario, pequeños municipios y micromunicipios. Esto impondría llevar a cabo una modificación del artículo 25.2 LBRL, distinguiendo por tipos de municipios la posibilidad de atribuir competencias. En segundo lugar, exigiría que el legislador sectorial, estatal o autonómico, en los diferentes ámbitos (urbanismo, medio

ambiente, servicios sociales, etc.), llevase a cabo la atribución de concretas competencias en cada materia a los distintos entes locales, teniendo en cuenta el ámbito territorial óptimo de prestación de cada función o servicio (Almeida Cerreda, 2013, p. 104)[25].

7. ¿CÓMO SE TENDRÍA QUE ARTICULAR NORMATIVAMENTE ESTE ESTATUTO BÁSICO PARA LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS?

De lo explicado en los epígrafes anteriores, se infiere claramente que el diseño e implementación de un ordenamiento especial para los pequeños municipios no afecta, de modo exclusivo, a su régimen jurídico, en cuanto administraciones públicas, sino también a la elección de sus órganos políticos y al régimen de ejercicio de sus diferentes tareas. En consecuencia, para darle vida, no sólo es necesaria una modificación de la normativa estatal básica de régimen local, en especial de la LBRL, sino también de un importante conjunto de normas como: la LOREG, la LPAC, la LCSP, la LGS, etc…

Por lo que respecta a la reforma de la LBRL, sería oportuno que, por razones de claridad y seguridad jurídica, en la misma, al igual que sucede con las grandes ciudades, las especialidades del régimen de los micromunicipios y pequeños municipios, que se han evidenciado en este trabajo, al menos, se enunciasen en un único título, sin perjuicio de las necesarias remisiones a diversas normativas sectoriales.

8. ¿CUÁL DEBERÍA SER EL PAPEL DE LA NORMATIVA DE DESARROLLO DEL ESTATUTO BÁSICO DEL PEQUEÑO MUNICIPIO Y QUÉ CONTENIDO PODRÍA TENER ESTA?

Actualmente, como se expuso en la primera rúbrica de esta disertación, la legislación básica en materia de régimen local contiene un conjunto de disposiciones aplicables a los pequeños ayuntamientos, cuyo desarrollo debería de haber sido llevado a cabo por la normativa autonómica. Así, el artículo 30 LBRL, expresamente, dispone que las leyes sobre régimen local de las comunidades autónomas, en el marco de lo dispuesto en la LBRL, podrán establecer regímenes especiales para pequeños municipios.

No obstante tal previsión, esta posibilidad de expansión normativa tan solo ha sido ejercitada por un reducido número de comunidades autónomas. En concreto, han establecido un régimen para pequeños municipios: Murcia (artículo 51 de la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de régimen local); Castilla y León (artículo 77 de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local) y Navarra (artículo 33 de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de administración local, si bien este régimen fue derogado por la Ley foral 4/2019, de 4 de febrero, de reforma de la administración local de Navarra). Mientras que, para micromunicipios, han dictado disposiciones especiales: Aragón (artículo 58 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de administración local), para municipios de menos de 1.000 habitantes; Comunidad Valenciana (artículo 45 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local), para municipios de menos de 500 habitantes, y Madrid (artículo 42 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de administración local), para municipios de menos de 1.000 habitantes.

Así se observa, por un lado, que menos de la mitad de las comunidades autónomas han creado disciplinas específicas para micromunicipios o pequeños municipios, y, por otro lado, que dichas regulaciones establecen escasas peculiaridades en la ordenación de estos. En consecuencia, se puede afirmar, como hacen Velasco Caballero (2020, p. 24) y Carbonell Porras (2021, p. 65), que la diversificación de los regímenes jurídicos en el marco de la legislación básica estatal ha sido muy limitada a escala autonómica.

Atendiendo, a nuestro sistema de distribución de competencias, la aprobación de un estatuto básico para los pequeños municipios, mediante la modificación de la LBRL y de otras leyes básicas estatales, no

[25] La determinación de cuál es el ámbito territorial óptimo para la prestación de un determinado servicio o para el ejercicio de una concreta función pública, es, en esencia, un trabajo de naturaleza empírica. La definición de las dimensiones y estructuras geográfica y poblacional del ámbito territorial óptimo de actuación de cada función o servicio se ha de realizar teniendo en cuenta sus características propias. Así, por ejemplo, la prestación de un determinado servicio puede requerir, para un desarrollo eficiente del mismo, un ámbito espacial amplio, en el caso de territorios con población dispersa, o un ámbito espacial reducido, en el supuesto de territorios con una población fuertemente concentrada –este puede ser el caso del tratamiento de residuos–; mientras que, en otros servicios, la combinación de ambos factores puede ser diversa. Por ello, en primer lugar, ha de fijarse de modo genérico, mediante la elaboración de las correspondientes escalas de coordenadas, los parámetros para la individuación de las circunscripciones de actuación, y, en segundo lugar, sobre el mapa geo-poblacional, teniendo en cuenta dichas escalas, ha de procederse a individuar las concretas áreas de prestación del respectivo servicio o de realización de la actividad pública de que se trate (Almeida Cerreda, 2013, pp. 102 y 103).

será suficiente para cambiar, de forma radical, el ordenamiento de los mismos. Es necesario invertir la situación actual y que se lleve a cabo una intensa actividad de desarrollo de dichas normas por parte de las comunidades autónomas para lograr un efectivo pluralismo de regímenes jurídicos en este ámbito.

Tal actuación, además de las cuestiones que se han ido indicando a lo largo del presente estudio doctrinal, puede abarcar múltiples materias. Aquí, tan solo, se van a señalar dos conjuntos, a modo de ejemplo.

En primer lugar, las normas autonómicas de desarrollo tendrían que poder ampliar el ámbito de aplicación del estatuto básico de los pequeños municipios, individuando ayuntamientos, de población o recursos económicos superiores a los estándares fijados en la LBRL, que, por sus peculiaridades (en especial, una marcada falta de capacidad administrativa), sería conveniente que aplicasen dicho estatuto para mejorar su administración. En consecuencia, en la LBRL, se debería prever que, cuando así lo decidan las asambleas legislativas autonómicas correspondientes, las reglas previstas para micromunicipios y pequeños municipios se podrán aplicar a ayuntamientos que presenten circunstancias poblaciones o económicas especiales, indicativas de una limitada capacidad de actuación o de una particular problemática de gestión. Cabe defender que dichas circunstancias, entre otros supuestos, estén relacionadas con la densidad de población de esos municipios. Así, es posible pensar que las normas sobre micromunicipios se podrían extender a aquellos municipios que, no cumpliendo los criterios contenidos en la normativa básica, contasen con una densidad de población inferior a 12,5 habitantes por kilómetro cuadrado, ratio que la Unión Europea califica como de riesgo de despoblación; mientras que las normas sobre pequeños municipios se podrían aplicar a aquellos municipios, en idénticas circunstancias que los anteriores, que presentasen una densidad de población inferior a la media de la comunidad autónoma en la cual se incardinan. El dotar de esta potestad de modulación del alcance subjetivo del régimen de los pequeños municipios a las comunidades autónomas supone un ulterior paso en el despliegue del principio de diferenciación, desde el punto de vista de la garantía de la adecuación de las normas a las diferentes realidades territoriales de nuestro país. En este sentido, esta posibilidad permite flexibilizar la rigidez de un sistema basado en la fijación de umbrales económicos y de población. No cabe duda, de que, en no pocas ocasiones, examinando casos concretos, la problemática de ciertos municipios de 6.500 habitantes, afectados, por ejemplo, por una fuerte dispersión poblacional, se puede aproximar mucho más a la de uno de 4.500 habitantes que a la de uno de 20.000 habitantes, con uno o dos núcleos de población.

En segundo lugar, las normas de las comunidades autónomas están llamadas a establecer disposiciones para complementar materialmente el estatuto de los pequeños municipios. Así, en ellas, se puede prever, entre otras disposiciones: *a)* la obligación de la comunidad autónoma de aprobar un reglamento orgánico tipo que regirá en defecto del que puedan aprobar los plenos de los ayuntamientos de los pequeños municipios; *b)* el deber de la administración general de la comunidad autónoma de aprobar modelos tipo de actas, acuerdos, bandos, ordenanzas y otros documentos municipales para facilitar la actividad administrativa de los pequeños ayuntamientos; *c)* la modulación de las obligaciones documentales de los pequeños municipios, por ejemplo, en materia de tesorería y *d)* la creación de foros específicos de encuentro entre la administración general de la comunidad autónoma y los micromunicipios y pequeños municipios para abordar el estudio y solución de sus problemáticas específicas[26].

9. ¿CÓMO SE TENDRÍAN QUE AFRONTAR LOS POSIBLES CAMBIOS DE RÉGIMEN DE LOS MUNICIPIOS POR MODIFICACIÓN DE SUS CARACTERÍSTICAS?

Es evidente que, con el paso de los años, la situación de algunos ayuntamientos puede cambiar, por incrementos o descensos de recursos financieros o de número de habitantes. Consecuentemente, dado que la aplicación de los ordenamientos de los micromunicipios y de los pequeños municipios dependerá de umbrales de población y económicos, tales alteraciones pueden dar lugar a situaciones de alta o de baja de los citados ayuntamientos en dichos sistemas. Por ello, será necesario que, en la modificación de la LBRL que conllevará la aprobación del estatuto básico del pequeño municipio, se contemplen algunas reglas mínimas para fijar cuando se debe proceder al cambio de régimen, ante tales eventualidades.

[26] En este ámbito, se puede tomar como referencia el *Consell Català de Petits Municipis*, creado por el Decreto 199/2003, de 26 de agosto, en el que están representados los municipios de menos de 1.000 habitantes, los municipios de menos de 2.000 con más de un núcleo de población y las entidades municipales descentralizadas.

Así, para garantizar una adecuada estabilidad en el funcionamiento de estos municipios, los posibles cambios de ordenación deberían ligarse a la constitución de los ayuntamientos tras cada proceso electoral, momento en el que se tendrá que verificar si cumplen o no los requisitos, básicos o autonómicos, para la aplicación del régimen de micromunicipios o de pequeños municipios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida Cerreda, M. (2000). El principio de primacía de la voluntad municipal. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (284), 821-842. https://doi.org/10.24965/reala.vi284.9087

Almeida Cerreda, M. (2013). La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la administración local. En J. J. Díez Sánchez (coord.), *La planta del gobierno local* (pp. 61-122). Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo y Fundación Democracia y Gobierno Local.

Almeida Cerreda, M. (2021). Colaboración y planificación interadministrativa para la consecución de una distribución equilibrada de la población sobre el territorio. En F. J. Sanz Larruga y L. Míguez Macho (dirs.), *Derecho y dinamización e innovación rural* (pp. 399-439). Tirant lo Blanch.

Almeida Cerreda, M. (2022). Passation des marchés et des concessions de l'administration de l'Union européenne. En J. B. Auby y J. Dutheil de la Rochère (dirs.), *Traité de droit administratif européen* (pp. 141-166). Bruylant.

Aranda Álvarez, E. (2011). La reforma electoral: análisis y perspectivas. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (24), 91-136. https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R._24_Elviro_Aranda_Alvarez.pdf/39023e52-1643-4857-e92f-e80075062b69

Betetos Agrelo, N. (2022). El uso de la contratación pública para promover el desarrollo territorial equilibrado. En C. Navarro Gómez, A. R. Ruiz Pulpón, F. Velasco Caballero y J. Castillo Abella (coords.), *Actas del I Congreso interdisciplinar sobre despoblación. Diagnóstico, territorio y gobierno local* (pp. 493-506). Instituto de Derecho Local.

Carbonell Porras, E. (2021). ¿Un estatuto básico para los municipios pequeños? Un comentario de urgencia. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (15), 58-70. https://doi.org/10.24965/reala.i15.10922

Carro Fernández-Valmayor, J. L. y Almeida Cerreda, M. (2015). Sobre la llamada actividad informal de la administración pública. En M. Rebollo Puig, M. López Benítez y E. Carbonell Porras (coords.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas* (pp. 393-412). Iustel.

Cordero, J. M., Pedraja, F. y Galindo, F. (2022). La necesaria reforma del sistema de transferencias a los municipios: elementos clave y simulación de resultados. *Hacienda Pública Española – Review of Public Economics*, *240*(1), 125-149. https://dx.doi.org/10.7866/HPE-RPE.22.1.5

Cosculluela Montaner, L. (2011). Las elecciones locales. En S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal, Vol. II* (pp. 1495-1562). Iustel.

Díez Sastre, S. (2004). La elección directa del alcalde en Alemania. *Anuario del Gobierno Local* (pp. 233-254). Fundación Democracia y Gobierno Local.

Díez Sastre, S. (2019). Las formas de gobierno local tras cuarenta años de Ayuntamientos democráticos: evolución y retos. *Documentación Administrativa*, (6), 114-128. https://doi.org/10.24965/da.i6.10767

Farre Tous, S. (1997). Los bandos del alcalde. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (273), 101-125. https://doi.org/10.24965/reala.vi273.8948

Ferreira Fernández, A. J. (2006). La cooperación municipal en España: los entes supramunicipales en el ordenamiento jurídico español. *Urban Public Economics Review*, (69), 69-90.

Font i Llovet, T. (2008). *Gobierno local y Estado autonómico*. Fundación Democracia y Gobierno Local.

Font i Llovet, T. y Galán Galán, A. (2014). Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización. *Anuario del Gobierno Local* (pp. 11-42). Fundación Democracia y Gobierno Local.

Galán Galán, A. (2002). La creación de la figura de la «Comunidad de Municipios» por la Ley Catalana 21/2002, de 5 de julio, de séptima modificación de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen local de Cataluña. *Revista General de Derecho Administrativo*, (1), https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=400449&d=1

García de Enterría, E. (1983). El Ordenamiento estatal y los Ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones. *Revista de Administración Pública*, (100-102), 213-291. https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-100-102-enerodiciembre-1983/el-ordenamiento-estatal-y-los-ordenamientos-autonomicos-sistema-de-relaciones-2

García de Enterría, E. (1994). *Revolución francesa y Administración contemporánea*. Thomson-Civitas.

Lijphart, A. (2000). *Modelos de democracia: formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*. Ariel.

Mahíllo García, P. y Galán Galán, A. (2015). La reforma del régimen electoral local: el alcalde, entre la elección directa y la designación automática. En M. Arenilla (coord.), *La elección directa del alcalde* [Serie Claves de Gobierno Local, 19]. Fundación Democracia y Gobierno Local.

Medina Alcoz, L. (2009). *La participación de los entes locales en la elaboración de normas autonómicas y estatales*. Instituto Nacional de Administración Pública.

Muñoz Merino, A. y Suárez Pandiello, J. (2018), Reformando la financiación local. ¿Un viaje o una excursión?, *Presupuesto y Gasto Público*, (92), 19-37. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/92_01.pdf

Oliveira, A. C. (2021). *A Democracia Local em Portugal*. Fundação Francisco Manuel dos Santos.

Ortega Álvarez, L. I. (2006). La interiorización autonómica del régimen local. En T. Font i Llovet (coord.), *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía* (pp. 53-69). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ortega y Gasset, J. (1967). *La redención de las provincias*. Alianza Editorial.

Piperata, G. (2012). I poteri locali: da sistema autonomo a modello razionale e sostenibile? *Istituzioni del Federalismo, Rivista di studi giuridici e politici*, (3), 503-522. https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_3_2012/Editoriale.pdf

Pomed Sánchez, L. A. (2017). El conflicto en defensa de la autonomía local: mayoría de edad en soledad. Balance escéptico de dieciocho años de existencia del conflicto en defensa de la autonomía local. *Anuario del Gobierno Local* (pp. 291-318). Fundación Democracia y Gobierno Local.

Prieto Sanchís, L. (1996). Diez argumentos sobre los principios. *Jueces para la democracia*, (26), 41-49.

Rebollo Puig, M. (2012). La crisis económica y la oportunidad de reducir el número de municipios. En L. Cosculluela Montaner, L. Medina Alcoz, M. Hernando Rydings y E. Carbonell Porras (coords.), *Crisis económica y reforma del régimen local* (pp. 195-223). Aranzadi.

Tubertini, C. (2012). La razionalizzazione del sistema locale in Italia: verso quale modello? *Istituzioni del Federalismo, Rivista di studi giuridici e politici*, (3), 695-725. https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_3_2012/Tubertini.pdf

Velasco Caballero, F. (2020). Municipios urbanos versus municipios rurales: homogeneidad y diversidad en el régimen local. *Anuario de Derecho Municipal*, (13), 21-53. http://www.revistasmarcialpons.es/anuarioderechomunicipal/article/view/municipios-urbanos-versus-municipios-rurales

Velasco Caballero, F. (2022). Despoblación y nivelación financiera municipal en el marco de la Carta Europea de Autonomía Local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (18), 6-31. https://doi.org/10.24965/reala.11092

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 28-02-2023
Modificado: 20-03-2023
Aceptado: 21-03-2023
Prepublicado: 31-03-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11191
Páginas: 82-99

Referencia: Gimeno Feliú, J. M. (2023). Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de cuota litis. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 82-99. https://doi.org/10.24965/reala.11191

Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de *cuota litis*[1]

On the procedure for the procurement of legal services of jurisdictional defense and the possibility of remuneration by means of a litigation fee agreement

Gimeno Feliú, José María
Universidad de Zaragoza (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6760-9222
gimenof@unizar.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo. Decano de Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza desde mayo de 2003 a mayo de 2010. Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (desde 11 de marzo de 2011 a 3 de enero de 2018) y Vocal en representación de la Universidad de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón desde mayo de 2006 a enero de 2017. Miembro del Consejo Asesor del Ministerio de Fomento (desde julio 2015, renovado en noviembre de 2022). Director de la Cátedra de Derecho Local de Aragón desde marzo de 2010 a diciembre de 2012. Director de la Catedra Estrategia e Innovación en contratación pública en el ámbito de la salud, desde junio de 2016 a junio de 2020.

RESUMEN

El presente trabajo analiza de forma sistemática y detallada el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y la posibilidad de retribución mediante pacto de *cuota litis*. Para ello, en primer lugar, se estudia si los servicios de representación y defensa de las Administraciones Públicas están o no sujetos a las a las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Seguidamente, se analizan en profundidad las modalidades de procedimiento de adjudicación que se ajustan mejor a la necesidad de la correcta selección del licitador en estos servicios, particularmente, el procedimiento negociado y el procedimiento abierto. A continuación, se evalúa la posibilidad de utilizar un modelo de retribución de *cuota litis*, para después finalizar el trabajo con la descripción de los principales hallazgos y conclusiones alcanzadas.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública; servicios jurídicos de defensa jurisdiccional; *cuota litis*; Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público; Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.

[1] Este trabajo es resultado de las actividades del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad titulado “La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza”, Referencia: PID2019-109128RB-C21.

ABSTRACT

This paper analyses in a systematic and detailed way the procedure for the contracting of legal services of jurisdictional defence and the possibility of remuneration by means of a contingency fee agreement. Accordingly, the paper firstly focuses on whether or not such Public Administration's representation and defence services are subject to the provisions of the Law 9/2017, of November 8th, on Public Sector Contracts. Subsequently, an in-depth analysis is made of the awarding procedure modalities that are best suited to the need for the correct selection of the bidder in these services, particularly, the negotiated procedure and the open procedure. Moreover, the paper evaluates the possibility of using a contingency fee model, and on a last note, the paper sums up a description of the main findings and conclusions reached.

KEYWORDS

Public procurement; legal services of jurisdictional defense; litigation fee agreement; Law 9/2017, on Public Sector Contracts; Directive 2014/24/UE on public procurement.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE DEFENSA JURÍDICA EN PROCESOS JURISDICCIONALES. 1.1. DE LAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN PROCESOS JURISDICCIONALES Y SU VINCULACIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU EXCLUSIÓN DE LA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1.2. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). 1.3. LA INTERPRETACIÓN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE ARAGÓN EN SU INFORME 1/2023. 1.4. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN DE ESTA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2. DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE DEFENSA JURISDICCIONAL. 2.1. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO. 2.2. PROCEDIMIENTO ABIERTO. 3. DEL MODELO DE RETRIBUCIÓN DE LOS SERVICIOS DE ABOGADOS EN DEFENSA JURISDICCIONAL: LA VIABILIDAD DE UN MODELO DE *CUOTA LITIS*. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es aportar alguna reflexión práctica sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales y la posibilidad de utilizar un modelo de retribución de *cuota litis*. Lo que exigirá una interpretación desde la óptica europea, en tanto la interpretación del Derecho europeo de la contratación pública no es de «elección» por los aplicadores nacionales y donde los conceptos exigen una interpretación uniforme. Obligación de interpretación conforme reafirmada en la Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, Sharengo[2], en donde, en relación a la diferenciación de los distintos tipos de contratos públicos, afirma lo siguiente:

> «tanto el concepto de "contrato público", en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, como el de "concesión", en el sentido del artículo 5, punto 1, letra *b)*, de la Directiva 2014/23, *son conceptos autónomos del Derecho de la Unión y deben, por ello, interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta. De ello se deduce que la calificación jurídica que el Derecho de un Estado miembro atribuye a un contrato no es pertinente para determinar si dicho contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de una u otra de esas Directivas y que la cuestión de si un contrato debe calificarse de concesión o de contrato público debe apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión*» (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de enero de 2007, Auroux y otros C220/05, EU:C:2007:31, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C382/05, EU:C:2007:445, apartado 31, así como de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, C348/10, EU:C:2011:721, apartado 40) (cursiva nuestra).

[2] https://obcp.es/sites/default/files/2022-11/Sentencia_TJUE_de_10_de_noviembre_de_2022.pdf

Interpretación conforme al derecho europeo que no es, en modo alguno, un uso alternativo del derecho, sino única solución jurídica posible si se atiende al conocido «efecto útil» del derecho europeo y que, en un sector tan importante como el de la contratación pública guarda directa relación con el principio de seguridad jurídica (Berberoff Ayuda, 2018, pp. 163-200).

Las cuestiones a analizar en este trabajo se circunscriben a lo siguiente:

1. Sujeción, o no, de los servicios de representación y defensa de las Administraciones Públicas, a las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), atendiendo a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública (en lo sucesivo, la Directiva);
2. Modalidades de procedimiento de adjudicación que se ajustan mejor a la necesidad de la correcta selección del licitador en estos servicios; y.
3. Posibilidad de utilización del modelo de retribución de *cuota litis* y su conformidad con las exigencias de la LCSP.

La respuesta a estas cuestiones obliga, con carácter previo, a recordar que nos encontramos ante una cuestión que se debe interpretar desde el Derecho Administrativo europeo y sus principios, y donde, como es habitual en todo negocio jurídico, será necesario atender a la causa y fines que han justificado la decisión en cuestión. Y en este supuesto hay que estar a las reglas específicas que la normativa sectorial haya podido prever donde es precisa una interpretación jurídica funcional y no formal, que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no un contrato público, tal y como ya hemos explicado en anteriores trabajos, a los que ahora me remito[3]. La LCSP, por tanto, no puede «leerse» en clave nacional desconociendo (o inaplicando) el Derecho Europeo (que se caracteriza por el principio de primacía)[4]. Interesa, por ello, depurar conceptualmente las fronteras del «contrato público» (y superar la visión del contrato administrativo vinculado a la idea subjetiva de quien contrata) evitando una extensión indebida, que puede comprometer la eficacia administrativa[5]. Sin olvidar que la finalidad del derecho europeo de la contratación pública es favorecer la transparencia y competencia en ciertas prestaciones en tanto existe un mercado. Y que hay actividades, por ello, formalmente excluidas de estas reglas.

1. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE DEFENSA JURIDICA EN PROCESOS JURISDICCIONALES

La contratación de servicios de abogado en la defensa de procesos jurisdiccionales es un negocio jurídico que, como se intenta argumentar en este trabajo, no puede ser considerado como contrato público y, por ello, será una prestación donde, en la selección del «contratista», no se aplicarían las exigencias de la LCSP[6]. Y ello tanto por las propias características de este tipo de «servicios», como por la propia regulación europea que de forma nítida ha entendido que no pueden ser considerados contratos públicos. Referiremos cada uno de estos aspectos.

1.1. De las características especiales de la profesión de abogado en procesos jurisdiccionales y su vinculación al derecho a la tutela judicial efectiva. Su exclusión de la Directiva de contratación pública

La profesión de abogado se caracteriza por ser un agente activo (partícipe) en la función pública de la Administración de Justicia (artículo 30 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprue-

[3] Es necesaria, en definitiva, una interpretación funcional de la prestación, tal y como ha advertido el TJUE en numerosas sentencias (por todas, Sentencias de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania y de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti & C. SpA), con el objetivo de corregir prácticas que eludan la aplicación de la norma vía «artificios jurídicos» que disfrazan la verdadera causa de la prestación y su calificación jurídica. *Vid*. al respecto los trabajos de Gimeno Feliú (2022).

[4] El principio de primacía del Derecho de la Unión debe entenderse, como condición de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario, que se basa en la propia naturaleza de los Tratados constitutivos, ordenamiento jurídico que prevalece sobre el derecho nacional. Principio expresamente aplicado, por ejemplo, en la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

[5] *Vid.* Gimeno Feliú (2020b, pp. 19-60).

[6] Este criterio lo ha defendido ya con anterioridad Gimeno Feliú (2019, pp. 133-135).

ba el Estatuto General de la Abogacía Española). Y lo es así en toda Europa, lo que explica la aprobación de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, considera a ésta una actividad regulada vinculada a la propia corrección del sistema judicial. De lo que se deduce, *per se*, que no tiene la consideración de relación jurídica de prestación de servicios típicamente civil o mercantil. Por ello se encuentran excluidos de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios de mercado interior, tal y como indica el considerando 88: «La disposición sobre la libre prestación de servicios no debe aplicarse a los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados». Además, resulta incuestionable que la actuación de los abogados en procesos jurisdiccionales se encuentra claramente vincula al derecho a la tutela efectiva (Gutiérrez-Alviz y Conradi, 2012). Como ha recordado el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 103/2018, de 4 de octubre de 2018) el «ejercicio de la abogacía *trasciende los legítimos intereses empresariales protegidos por el derecho a la libertad de empresa* (artículo 38 CE) *y que la regulación legal de algunos aspectos del ejercicio de la profesión de la abogacía y la procura en España es una exigencia derivada de los artículos 17.3, 24 y 119 CE»*, pues, como dice la exposición de motivos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, «estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redunda directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía». Esta idea se reitera en el artículo 1 de dicha ley, que caracteriza a los miembros de la abogacía como «colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad» (cursiva nuestra).

La Directiva ha modificado sustancialmente el régimen jurídico de la regulación de los servicios, eliminado su división en categorías y la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados en atención a esa división[7]. En lo que se refiere a la regulación de los servicios jurídicos, la Directiva establecía que estos servicios solamente quedarán sujetos a la normativa contractual pública cuando su presupuesto superara los 750.000 euros (artículo 4 de la Directiva), y que su objeto contractual no hubiera sido excluido expresamente al amparo de los artículos 7 a 17 de la misma. Por ello, la Directiva, declara al respecto la exclusión de su ámbito de aplicación de determinados servicios jurídicos[8]. En su artículo 10 *d)* afirma que:

> «No se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales[9]».

Esto significa que, para el Derecho europeo, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio en el ámbito de la contratación pública, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del derecho, están formalmente excluidos y no tienen

---

[7] Los servicios jurídicos se contemplan en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014. Dentro de esta categoría se incluyen una relación de servicios de muy diferente naturaleza y que el vocabulario común de contratos (CPV) aprobado por el Reglamento núm. 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, califica en tres grandes subcategorías que encuadra en los códigos 79110000-8 a 79140000-7: Representación en juicio; Asesoría; y Documentación e información jurídicas. La propia Directiva de contratación pública los define con más precisión y restringe los servicios jurídicos, concretamente los dos primeros (servicios de representación en juicio y asesoría) a los definidos en el artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1977, que son las actividades de abogacía ejercidas en concepto de prestación de servicios.

[8] Que se trata de un negocio excluido se justifica, desde esta óptica del derecho europeo, por el Informe 14/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

[9] Se trata, por lo demás, de un precepto claro e incondicionado, que por sí mismo desplegaría efecto directo, como advirtiera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 14/2016 (sobre régimen jurídico de contratos de asistencia jurídica: efecto directo versus prohibición de efecto directo vertical descendente).

la consideración de contrato público[10]. Y como explica Rubio Beltrán (2019, p. 202), países como Italia, Francia o Alemania han excluido a los servicios jurídicos de «abogado» de la normativa de contratación pública[11].

Pero esta exclusión no se contempla de forma expresa en la LCSP[12]. En mi opinión, en tanto se pueda justificar que existen derechos de propiedad intelectual, estarían excluidos los servicios jurídicos de defensa en juicio (como lo están, ex artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, los «informes forenses»)[13]. Y ello por su propia naturaleza y función y porque, resulta indiscutible, que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia[14].

1.2. La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

En la interpretación del Derecho europeo de la contratación pública resulta imprescindible atender al criterio que, en su caso, haya fijado el TJUE en tanto ha conformado un auténtico «derecho pretoriano» en esta materia. Pues bien, la argumentación que se acaba de exponer sobre el significado de la Directiva europea de contratación pública en este aspecto, ha sido confirmada *en la Sentencia de 6 de junio de 2019, P. M. y otros contra Ministerraad*, asunto C-264/18 (ECLI:EU:C:2019:472), que resuelve una cuestión prejudicial en la que se plantea si el artículo 10, letras *c)* y *d)*, incisos *i)*, *ii)* y *v)*, de la Directiva es compatible con el principio de igualdad, en relación o no con el principio de subsidiariedad y con los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (a continuación, TFUE), al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en dicha Directiva, que sin embargo garantizan la plena competencia y la libre circulación en la contratación de servicios por las autoridades públicas. En este caso, la legislación belga en materia de contratación pública que traspone la Directiva, excluye los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación. La Sentencia rechaza que la Directiva menoscabe las libertades garantizadas por los Tratados, al excluir los servicios jurídicos contemplados en el artículo 10, letras *c)* y *d)*, incisos *i)*, *ii)* y *v)*, del ámbito de aplicación de ésta y, por tanto, no obligar a los Estados miembros a someterlos a las normas de adjudicación de contratos públicos.

El TJUE analiza este tipo de relación jurídica y explica y justifica porque quedan excluidos los servicios de defensa en juicio y el asesoramiento previo, habida cuenta que en el considerando 25 de la Directiva no queda justificada esta exclusión, como ha quedado dicho. Para el TJUE lo que motiva la exclusión es que los «… servicios prestados por un abogado solo se conciben en el marco de una relación intuitu personae entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad». Sigue diciendo la Sentencia que:

> «… esa relación intuitu personae entre el abogado y su cliente, caracterizada por la libre elección de su defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse.».

---

[10] El Considerando 25 de la Directiva justifica la exclusión a la que se refiere el artículo 10.*d)* en el hecho de que el mercado de los servicios jurídicos es eminentemente un mercado nacional porque el Derecho varía en cada Estado miembro, y no es éste un mercado que se abra a la concurrencia de operadores de otros Estados. También es esa la razón por la que la Directiva aumenta el umbral económico para la aplicación de la regulación armonizada a los servicios jurídicos. El legislador europeo ha ponderado los principios de la contratación pública y ha considerado que no siempre hay que abrir las licitaciones o hay que hacerlo con el mismo grado de publicidad y garantías. El legislador europeo no aplica las medidas y garantías previstas en las Directivas, o las pondera en su justa medida, cuando las circunstancias del mercado no exigen su protección. Y así se ha considerado en el caso de la prestación de los servicios jurídicos.

[11] *Vid.* Santamaría Dacal (2015, pp. 1839-1868).

[12] Por ello se viene interpretando que hay que aplicar las previsiones de la LCSP para contratar estos servicios. *Vid.* Del Saz Cordero (2019, pp. 88-96).

[13] En ese mismo sentido se posiciona Rubio Beltrán (2019, p. 202), quien, con una excelente argumentación, advierte que todos los elementos propios que conforman el contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, configuran y dotan a estos servicios de unas características especiales. La finalidad del objeto de este tipo de contratos de servicios jurídicos es la obtención de un resultado en el que intervienen factores humanos, intelectuales y de estrategia, lo que llevan a caracterizar este servicio, al igual que otros, como un servicio de carácter intelectual. Y esta caracterización de los servicios jurídicos como servicios intelectuales, obligatoriamente, debe conducir también a dotarlos de un tratamiento y de una regulación específica para su contratación por el sector público.

[14] Lo razona muy bien Mesa Vila (2018), quien destaca que, especialmente en los servicios de asesoramiento jurídico continuado, nos encontramos ante un contrato con unas características muy singulares que lo hacen diferente al resto de contratos de servicios, pues se basan en un elemento imponderable y con un marcado grado de subjetividad que choca frontalmente con la objetividad y necesaria ponderación de los criterios de valoración de ofertas y, por tanto, con el sistema de contratación pública.

Y añade que:

> «… la confidencialidad de la relación entre el abogado y su cliente, cuyo objeto consiste, (…), tanto en salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de la defensa de los justiciables como en proteger la exigencia de que todo justiciable tenga la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado (…), podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones».

Y continúa concluyendo:

> «De ello se desprende que, debido a sus características objetivas, los servicios contemplados en el artículo 10, letra *d)*, incisos *i)* y *ii)*, de la Directiva 2014/24 no son comparables a los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de esa Directiva.
>
> 39. En tercer lugar, por lo que respecta a los servicios jurídicos comprendidos entre las actividades que participan, siquiera ocasionalmente, del ejercicio de la autoridad pública, contemplados en el artículo 10, letra *d)*, inciso *v)*, de la Directiva 2014/24, esas actividades, y, en consecuencia, esos servicios, están excluidos, con arreglo al artículo 51 TFUE, del ámbito de aplicación de las disposiciones de ese Tratado relativas a la libertad de establecimiento y de las relativas a la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 62 TFUE. Tales servicios se distinguen de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esa Directiva ya que participan directa o indirectamente del ejercicio del poder público y de las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas.
>
> 40. De ello se desprende que, por su propia naturaleza, servicios jurídicos relacionados, siquiera ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública no son comparables, debido a sus características objetivas, con los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró en este caso el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24».

Para el TJUE no hay dudas de que esta relación jurídica está excluida de las normas de contratación pública porque no estamos en presencia de un contrato público de servicios. Y, por coherencia, si no es contrato público de servicios, no se puede justificar, desde el ámbito nacional, esa naturaleza. Es más, por el propio efecto útil del Derecho Europeo y carácter «pretoriano» de la jurisprudencia del TJUE habrá que entender (e interpretar la LCSP) que estas relaciones jurídicas no son contratos públicos.

1.3. La interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 1/2023

Como se ha explicado, la Junta Consultiva de Contratación Pública ha optado por una interpretación formal de al que infiere que todo contrato de servicios jurídicos, incluso los de abogado en defensa jurisdiccional son contratos públicos sometidos a las previsiones LCSP[15]. Sin embargo, esta interpretación no ha sido la adoptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón que, en su Informe 1/2023, aborda directamente esta cuestión para dar respuesta a la consulta formulada por un municipio. Y, recordando el criterio del órgano consultivo estatal llega a una conclusión diferente en tanto, como se explica, opta por una interpretación de la consulta desde las premisas del derecho europeo de la contratación pública. Afirma así que:

> «Es relevante al respecto que el régimen europeo de la contratación pública no pivota sobre el elemento subjetivo –como es la tradición española–, sino sobre el concepto objetivo: la existencia o inexistencia de un contrato público. En este sentido, el criterio fundamental del

[15] Criterio aplicado también en el Informe 5/2022 de 31 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre el régimen jurídico de los contratos que tienen por objeto los servicios jurídicos.

> Tribunal de Justicia para determinar la existencia de un poder adjudicador no gravita tanto en el quién, como en la existencia de una relación contractual cuya causa sea un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y con financiación pública, lo que determina la aplicación de los principios inherentes a la contratación pública. Un poder adjudicador que actué en condición de tal deberá aplicar las normas de contratación pública cuando la prestación tenga la consideración de contrato público. Por tanto, es fundamental determinar si un negocio jurídico es un contrato público de conformidad con sus elementos funcionales».

Desde esta premisa –que compartimos– analiza el concepto de contrato público y concluye que la contratación de servicios de abogado para defensa jurisdiccional está excluida de las Directivas de contratación pública y por ende, de la normativa española que la traspone:

> «En la Directiva 2014/24/UE determinados servicios jurídicos quedan excluidos de su ámbito material (artículo 10, *d)*). Esto debería llevar a la misma solución en la legislación nacional, cuya finalidad es la correcta transposición del Derecho europeo, lo que se refleja en el extenso título de la LCSP al referir expresamente la función de transposición de las directivas de contratación pública y se recuerda expresamente en su exposición de motivos.
>
> Si el legislador español hubiera querido incluir los servicios de defensa jurídica prestados por un abogado en procesos jurisdiccionales en el ámbito de la LCSP, debería haber explicitado y justificado la decisión, pues se trata de negocios que tradicionalmente han sido expresamente excluidos de las Directivas de contratación pública. Nada en el texto ni en la tramitación parlamentaria sugiere tal intención. Ello conduce a interpretar que la LCSP contiene la misma consideración hacia la adquisición de los servicios jurídicos de defensa que la norma europea que se transpone».

Es esta, además, la solución en el derecho comparado europeo donde países como Francia, Alemania o Italia, entre otros, han excluido del ámbito de la contratación pública estas prestaciones.

1.4. La necesaria interpretación de esta cuestión desde la óptica del Derecho europeo de la contratación pública

La argumentación expuesta, tanto del criterio del TJUE como de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón, resulta determinante. Aunque la LCSP no los excluye de forma expresa como servicios sometidos a las previsiones de la Ley (pero los incluye como no armonizados, copiando la previsión de la Directiva que refiere los negocios excluidos), la argumentación sistemática expuesta que articula de forma correcta el ordenamiento jurídico europeo y el nacional nos lleva a la conclusión de que estos servicios, para preservar el efecto útil de la norma, están excluidos. La explicación, como se ha dicho por el TJUE, viene dada tanto al carácter singular de la prestación donde confidencialidad e intelectual conforman una relación *sui generis* que, aun de carácter oneroso, excluye las reglas de la contratación pública pues no deben operar aquí los principios vinculados a la tensión competitiva del mercado (de hecho existe la obligación de atender de oficio a quien carezca de recursos, lo que revela la no existencia de una actividad exclusivamente mercantil).

Abunda esta explicación el dato, como elemento intrínseco, de la imprescindible mutua confianza en la selección de quien presta esta actividad, que como apunta Mesa Vila (2018), es la base sobre la que se construye la relación entre abogado y cliente. Esta afirmación, explica, tiene su apoyo y fundamento jurídico en el art*ículo* 4 del Código Deontológico de la Abogacía, previsto en el Estatuto de la Abogacía Española, que prescribe lo siguiente:

> «La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.
>
> El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.
>
> En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo».

La base de la confianza se configura, de este modo, como una obligación jurídica, pero con un carácter marcadamente personal y subjetivo. Sin embargo, la relación entre abogado y cliente va más allá de su marco normativo, pues en ella destaca, sobre todos los demás, un elemento esencial para la supervivencia de la misma: la confianza, y cuya ausencia o pérdida nos llevará inevitablemente a su extinción. Sin confianza no hay negocio jurídico.

La relación del abogado con el cliente debe fundarse en la confianza (sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 3 de abril de 1990) y, por ello, no procede la utilización de procedimientos competitivos pues, en sentido estricto, la prestación no es de mercado al no ser posible una «homogeneización de ofertas»[16]. Confianza que se justifica no en una decisión caprichosa pues, como elemento esencial de esta actividad es que nos encontramos ante opciones de estrategia procesal donde hay decisiones de carácter intelectual (como los informes forenses) que obligan a concluir que esta relación jurídica tampoco en España encaja en la figura del contrato de servicios y que, aun pese a la posible consideración de contrato armonizado, se trata de una prestación de naturaleza «personalísima», excluida de las reglas procedimentales propias de la LCSP[17].

Además, no puede olvidarse que, al igual que sucede con los «informes forenses» (artículo 10 de la Citada Ley de Propiedad Intelectual) en los escritos forenses (demanda, contestación de demanda, etc.) existe un innegables componente «intelectual» y de estrategia procesal que, por sí mismo, hace conveniente que no se apliquen reglas de competencia[18]. En este caso la aplicación del artículo 9 LCSP permite resolver fácilmente el problema interpretativo con las propias previsiones nacionales[19].

Por todo lo expuesto, y se nos tenemos a la previsión interpretativa del artículo 3 del Código Civil, que nos indica que «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»*, puede argumentarse de forma suficiente que este tipo de prestaciones no debe conceptuarse como contrato público.* Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual, el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio, es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

No parece, sin embargo, que pueda inducir a error la redacción literal, de las Directivas europeas sobre esta cuestión, tal y como ha advertido el TJUE, de forma que es evidente que los servicios jurídicos de defensa jurisdiccional no tienen la consideración de contrato público. La interpretación literal viene, en este caso, reforzada por la interpretación sistemática. El ordenamiento jurídico-administrativo constituye un sistema organizado de normas donde existen principios que garantizan el funcionamiento coherente ante un eventual conflicto entre normas. Y entre ellas, en una materia de Derecho Europeo (con finalidad armonizadora, no se olvide) deben resolverse las dudas interpretativas preservando el efecto útil del derecho europeo y de sus conceptos. De forma que, una actividad que desde la lógica europea no tiene consideración de contrato público no la puede tener en la norma nacional. Y para extender las reglas procedimentales a escala nacional –lo que sería discutible– hará falta previsión expresa (con justificación) de tal decisión. Y esto no sucede con la regulación de los servicios jurídicos de defensa en la LCSP (y no se puede dar como algo «implícito», como pretende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el referido Informe 4/2019).

---

[16] Gimeno Feliú (2020b, pp. 49-53).

[17] Debe advertirse, como ha destacado Menéndez Sebastián (2018, pp. 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, al incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996 «Consulta sobre diversos tipos de contratos», de la JCCA del Estado ya había informado que: «Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual».

[18] Puede citarse la Sentencia núm. 107/2017 de 2 Marzo de 2017 (Rec. 503/2016) de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, que reconoce derechos de autor sobre escritos forenses argumentando sobre la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual: «los escritos profesionales de abogados encajan en el concepto amplio de "informes forenses" (que sirve para dar cobertura también a los informes forenses orales realizados durante el acto del juicio por abogados y fiscales) o en el más amplio todavía de "escritos". En todo caso, al tratarse de una lista abierta, no habría problema en calificarlos como obras literarias o incluso científicas (pues no puede descartarse la consideración de la abogacía como una ciencia en tanto que despliega conceptos y métodos técnico-jurídicos). Obra literaria es cualquier creación que se represente por medio del lenguaje escrito, independientemente del formato, englobando diversos subtipos o subgéneros (novelístico, poético, periodístico, etc.), y, así las cosas, parece que un escrito profesional puede entrar en esta categoría».

[19] Sobre el funcionamiento de la previsión del artículo 9 LCSP en relación con la propiedad intelectual me remito a Gimeno Feliú (2018c, pp. 21-44).

Parece claro, desde la óptica interpretativa del derecho europeo, que estas actividades de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales no serían contratos públicos (concepto europeo no disponible) *y estarían excluidas de la LCSP tanto desde la lógica gramatical como sistemática y teleológica* (esta Ley tiene por finalidad expresa la transposición de las Directivas de contratación pública, cuto objeto se comporta, pues, como límite). Avala esta redacción la previsión del Real Decreto Ley 3/2020, al realizar la transposición de la Directiva de contratación en los denominados sectores especiales, al considerar como negocio excluido, en su artículo 20:

> «*c)* Alguno de los siguientes servicios jurídicos:
>
> 1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o en una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.
>
> 2.º El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.
>
> 3.º Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.
>
> 4.º Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.
>
> 5.º Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público».

Si este negocio se encuentra excluido por transposición del Derecho Europeo en esta norma, la misma respuesta, en tanto se trata de la misma previsión en las Directivas «clásicas» de contratación pública, debe operar, teleológica y sistemáticamente, en la LCSP. Y si es un contrato excluido de la LCSP su naturaleza será, como todo contrato vinculado a la propiedad incorporal, contrato privado (lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado), sin que pueda aplicarse limitación alguna ex artículo 118 LCSP al no tramitarse, ni poder tramitarse, esta adquisición de conocimiento como contrato menor[20]. Esto significa que no hay límite temporal del contrato que vendrá vinculado al cumplimiento efectivo de la prestación (como indica la legislación del derecho privado aplicable y ya admite el artículo 29 LCSP) ni límite cuantitativo del contrato (aunque la retribución deberá figurar explicitada en el contrato que se suscriba y ser adecuada a los honorarios propios de esta actividad). Obviamente, en tanto se trata de un contrato que realiza una entidad del sector público deberá existir un expediente administrativo que justifique la necesidad de la prestación y (aun de forma sucinta) los motivos de selección, determinando las condiciones del contrato a celebrar[21].

Esta interpretación de negocio excluido se contiene, por lo demás, en la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra, cuyo artículo 7.1, referido a negocios jurídicos excluidos, indica:

> «*l)* Los siguientes servicios jurídicos:
>
> 1.º Representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

[20] Este criterio lo ha defendido Gimeno Feliú (2018a, pp. 310-348) al analizar los contratos de producción televisiva.

[21] Ni siquiera resultaría de aplicación el artículo 168 LCSP, que habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando «las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial». El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo».

> 2.º Asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE».

Puede concluirse que si el legislador hubiera querido incluir los servicios jurídicos de defensa en procesos jurisdiccionales en el ámbito de la LCSP debería haber explicitado y justificado tal decisión, al ser negocios expresamente excluidos por las Directivas de contratación pública. Nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, como bien recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su citado Informe 1/2023. En definitiva, es necesario superar una interpretación formal, alejada de la funcionalidad práctica, para hacer una relectura en clave europea de los conceptos y reglas del derecho de la contratación excluyendo de su aplicación aquellas prestaciones que el legislador europeo ha entendido que no son contratos públicos, tal y como sucede en los servicios jurídicos que presta un abogado en procesos jurisdiccionales donde prevalece la idea de la mejor tutela judicial efectiva y de la elección i*ntuitu personae* frente a la de la competencia.

2. DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE DEFENSA JURISDICCIONAL

Como se ha explicado, se trataría de un negocio excluido y existiría gran flexibilidad para la contratación del mismo no siendo de aplicación las previsiones de la LCSP en relación al procedimiento y régimen jurídico del contrato (aunque sí lo serían las reglas obre conflictos de intereses y debería justificarse de forma suficiente la elección y la forma de remuneración del profesional escogido). Sin embargo, si se pretendiera la utilización de algún procedimiento de contratación pública para la selección (por generar, por ejemplo, una mayor transparencia), podrían utilizarse alguna de las opciones contenidas en la LCSP que permitirían utilizar tanto un procedimiento abierto, como un procedimiento restringido, como un procedimiento negociado sin publicidad (artículo 131 LCSP).

En la decisión conviene tener en cuenta, principalmente, la necesidad de asegurar la contratación de la mejor prestación (muy especialmente en un materia tan sensible y singular como la de la defensa en juicio) donde el elemento cualitativo, su experiencia, y sus «resultados» previos deben ser determinantes (principio de resultado al que se refiere el nuevo artículo 1 del Código italiano de Contratos Públicos aprobado en marzo de 2023). Y, como bien recuerda la Junta Consultiva de Contratación Pública (en el citado Informe expediente 52/2020), hay que atender a la exigencia de una particular confidencialidad en las relaciones que existen entre el abogado y el cliente, por lo que resulta conveniente introducir cláusulas que obliguen al contratista a ofrecer unas garantías reforzadas de confidencialidad que resulten adecuadas, tanto durante la ejecución del contrato como con posterioridad a su finalización.

Por ello, en la elección del procedimiento debe prestarse especial atención (y justificación) pues lo principal aquí es garantizar el éxito de la defensa procesal que necesita ese concreto poder adjudicador que es, por sí, una prestación compleja.

2.1. Procedimiento negociado

En este contexto sería aconsejable (al igual que hace la Administración General del Estado para seleccionar los peritos nacionales en los asuntos relativos a arbitrajes internacionales) utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, consultando a tres empresas o, incluso a una de forma directa. El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando.

> «Las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial».

El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo» (obviamente, solo sería aplicable cuando el objeto del contrato fuera una prestación de servicios que conllevase el

uso de derechos de propiedad intelectual). El artículo 169 LCSP establece que al seleccionar a los candidatos que vayan a participar en la fase de negociación, los órganos de contratación se basarán, en particular, en criterios que se utilizan en el procedimiento restringido (artículos 161, 162, 163 y 164.1 LCSP). En los pliegos debe quedar claro el número de empresarios a los que el órgano de contratación invitará a participar en el procedimiento licitatorio, que no podrá ser inferior a tres, salvo que el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número. Las negociaciones podrán referirse a aspectos técnicos, temporales, de costes, etc. pero quedan fuera de las mismas los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación que se hubiesen perfilado en el pliego.

Conforme al artículo 169.3 LCSP, el procedimiento se podrá articular en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de cláusulas administrativas particulares, indicándose en estos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

Durante esta fase negociadora los órganos de contratación han de cuidar por la igualdad de trato entre todos los licitadores y no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este (artículo 169.4 LCSP). Los órganos de contratación informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas, de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no establezca los requisitos mínimos a que se refiere el artículo 166 LCSP, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada.

Los órganos de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por éstos, excepto las ofertas definitivas a que se refiere el apartado octavo del presente artículo, que éstos hayan presentado para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 145 LCSP. Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. A continuación, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos, y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego; valorará las mismas con arreglo a los criterios de adjudicación; elevará la correspondiente propuesta; y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato (artículo 169.8 LCSP). En determinados servicios «técnicos y no de creación» al margen de la propiedad incorporal, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento *intuitus personae* (avalado en la contratación pública en varias Sentencias del TJUE) (Aurélien, 2011)[22]. Interesa destacar que la actual regulación permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia (Gallego Córcoles, 2014)[23]. En relación a la viabilidad de este supuesto de procedimiento negociado sin publicidad, que tiene su fundamento en la propia Directiva de contratación pública (artículo 32 de la Directiva), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, en relación la constitución de la sociedad de capital mixto **«**Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, S. A.**»**, para la prestación del servicio del ciclo integral del agua en el Área Metropolitana de Barcelona, critica que la constitución de la sociedad de economía mixta con un socio privado escogido de forma directa se pretenda justificar únicamente en las disposiciones del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS), aunque acepta que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas u bien económicas que impidan la concurrencia.

---

[22] El trabajo de Aurélien (2011) contiene interesantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales del derecho francés de todas las épocas, así como de las resoluciones del TJUE.

[23] Como ha indicado Gallego Córcoles (2014). Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto sólo puede ser empleado en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a este procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso (artículo 84.1 *f)* de la Directiva). Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94).

El TSJC no niega que en determinados supuestos sea posible constituir una sociedad de economía mixta directamente con un socio privado que ostenta determinados derechos exclusivos, pero considera que en este caso no se justifica la concurrencia de estas circunstancias (derechos exclusivos, razones económicas)[24]. En todo caso, deberá acreditarse la existencia de esos derechos exclusivos o especiales (lo que parece concurrir cuando existen títulos concesionales demaniales)[25]. Y esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Supremo selección de Agbar para la constitución de la sociedad mixta para la prestación del servicio del agua en el área metropolitana de Barcelona. Así, la Sentencia 1612/2019, de noviembre de 2019, en su fundamento undécimo afirma que: «se puede concluir que concurre la justificación de la necesidad de otorgar el contrato a un empresario determinado, sin que existiera una alternativa o sustituto razonable, y sin que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la adjudicación».

La posibilidad de acudir a un procedimiento negociado sin publicidad *ex* artículo 168 LCSP ha sido admitida por la Junta Consultiva de Contratación Pública (Informe expediente 52/2020) afirmando que «en casos singulares, individualizados por su especificidad o excepcionalidad, en los que no quepa sino la adjudicación del contrato a profesionales concretos, pueda llegar a valorarse la aplicación de los supuestos del artículo 168 de la LCSP, pero siempre justificando sólidamente tales decisiones en el expediente de contratación».

En un proceso judicial, con los tiempos de respuesta que se exigen y con la necesidad de poder utilizar el mejor asesoramiento en asuntos muy complejos (como lo son los relativos a derecho de competencia o de regulación energética, por ejemplo) la utilización de este procedimiento, con adecuada motivación y explicando la no existencia de favoritismo ni de conflicto de intereses (como recuerda la STJUE de 16 de junio de 2022), puede ser la más conveniente.

2.2. Procedimiento abierto

Si se pretende utilizar un *procedimiento abierto* se aconseja tener en cuenta una correcta fijación de los niveles de solvencia. Los requisitos deben ser proporcionales al objeto del contrato[26]. Lo que justifica, en asuntos complejos o de especial relevancia, determinar una «elevada y contrastada» experiencia, que ponga en valor especiales conocimientos y habilidades en la defensa jurisdiccional en ese asunto concreto, donde el precio es claramente un elemento accesorio.

En un procedimiento abierto los criterios de adjudicación son un elemento determinante para alcanzar la mejor adjudicación, por lo que su diseño, ponderación y sistema de puntuación deben estar debidamente alineados con este objetivo. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha destacado que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora:

> «La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone –dato de especial relevancia– que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios».

Por otra parte, hay que recordar que *la calidad de la prestación es el elemento esencial* tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato[27]. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre

---

[24] Cabe destacar que el presidente de la Sala ha emitido un voto particular en el que manifiesta no compartir la conclusión que Agbar no tiene título suficiente para prestar el servicio. Considera que la concesión de 1953 de la que es titular Agbar le habilita como tal. Así mismo, considera que el hecho de que Agbar haya soportado el coste de construcción de los 500 km de canalizaciones es un elemento suficiente para justificar la inviabilidad económica de abrir el procedimiento a concurrencia, pues en este caso se deberían compensar estas inversiones.

[25] Tesis defendida en el trabajo de Gimeno Feliú (2018b, p. 12).

[26] Principio de proporcionalidad exigido ya en el artículo 132 LCSP y que se concreta a efectos de solvencia en el artículo 74 LCSP. Por todos, en esta materia, *vid*. Gómez Fariñas (2021).

[27] *Vid*. Gimeno Feliú (2019, pp. 102-112).

contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta.

Así, el diseño de los criterios de adjudicación conforma un elemento esencial para preservar el principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, Vakakis kai Synergates, que lo vincula a la diligencia)[28]. Y, difícilmente, se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando entre los criterios de adjudicación no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato (máxime en una prestación «compleja y singular» como sobre al que se emite este Informe). Con la LCSP, los criterios de adjudicación tienen la función de decidir la mejor oferta en función de la mejor relación calidad/precio (value for money), con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo[29]». Por ello, en un procedimiento abierto *conviene establecer umbrales a superar en los aspectos técnicos de la oferta*, regla general en procedimientos negociados y diálogo competitivo, que resulta posible (y conveniente) en los procedimientos abiertos, pues solo así se preserva la exigencia de seleccionar la mejor oferta desde la perspectiva del resultado (y no del precio). Así lo ha declarado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musikene, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante resolución de 21 de octubre de 2016, en relación a la normativa española, al admitir que en los procedimientos abiertos se puede incorporar fases para valorar aspectos técnicos que de no superar el umbral permite la exclusión de la oferta. Esta Sentencia avala, por tanto, el elemento cualitativo de toda oferta como un elemento determinante de la contratación pública y evita que ofertas técnicas deficientes puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio. Por supuesto, la licitación deberá fijar los elementos necesarios de adscripción al contrato y su ejecución, que no serán disponibles por el contratista. Adscripción que se configura como un «plus de solvencia», una obligación adicional –de posible exigencia por el órgano de contratación– de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar a un licitador idóneo para contratar con la Administración (así el artículo 76 LCSP habla de concreción de las condiciones de solvencia). Este carácter determina que su exigencia deba recogerse, en su caso, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige una licitación, tal y como establece el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), cuando señala en su apartado 2 *h)* que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares deberán contener «los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones[30]».

Finalmente, a *la hora de asignar la puntuación a cada criterio de adjudicación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de ponderación diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo, además de alterar el fin de la licitación, de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia*, tal y como ha recordado la Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06). Se indica, en esta Sentencia del TJUE –que refunde toda la doctrina del Tribunal sobre esta cuestión–, que:

> «procede recordar que, si bien el artículo 36, apartado 1, letra *a)*, de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios –y, de manera análoga, el artículo 30, apartado 1, letra *b)*, de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras– deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, esa elección sólo puede recaer en criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 59, y la jurisprudencia allí citada). Pues bien, la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquélla entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuen-

[28] *Vid*. por todos Fernández Acevedo (2018).

[29] En este sentido, *vid.* los postulados y trabajos de W. Deming.

[30] A estos medios complementarios deben serles de aplicación los criterios generales que rigen el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia (entre otros, Acuerdos 42/2013 y 70/2013 del TACPA, entre otros). Esto es, que estén previstos expresamente en los pliegos, que guarden relación con el objeto del contrato, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, y que se respete el principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica. Ni requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio procedimiento de licitación elegido. La adscripción de medios es, en suma, un complemento de cara a la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida por el órgano de contratación al diseñar el objeto del contrato, y no una técnica adicional de restricción de la solvencia previamente elegida y exigida.

> ta los criterios justificados por el objeto del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión, T-148/04, Rec. p. II-2627, apartado 48). Por consiguiente, cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio [véase, por analogía, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, apartado 86, en relación con el considerando 46, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)]».

Es decir, la finalidad del sistema de ponderación y consiguiente puntuación es preservar la nota de la mejor relación calidad/precio. Lo que significa que la oferta de precio más baja no siempre resulta la mejor ni, por ello, la más eficiente. Sin olvidar que una incorrecta parametrización de un criterio, puede falsear la finalidad de la licitación. En todo caso, el sistema de puntuación deberá descansar en reglas o parámetros de medición previamente explicitados, que tengan carácter proporcional (no se tiene porque asignar toda la puntuación). Sistema de puntuación (o fórmulas) que deberán justificarse en el expediente (artículo 146.2 *b)* LCSP).

En definitiva, en la contratación de servicios de abogado en procesos jurisdiccionales en los que se decida la utilización de un procedimiento abierto el órgano de contratación deberá ser extremadamente cuidadoso en los niveles de exigencia de solvencia a exigir, que filtren de forma adecuada para valorar las ofertas conforme a criterios donde la oferta técnica debe ser determinante (y en especial, conforme a lo previsto en la norma la mayor cualificación y experiencia contrastada del abogado (y equipo) encargado de dicha defensa judicial.

3. DEL MODELO DE RETRIBUCIÓN DE LOS SERVICIOS DE ABOGADOS EN DEFENSA JURISDICCIONAL: LA VIABILIDAD DE UN MODELO DE *CUOTA LITIS*

Como última cuestión a dar respuesta en este trabajo, se analiza la posibilidad de utilizar un modelo de retribución de *cuota litis*.

Como es conocido, el pacto de *cuota litis* es un sistema para fijar los honorarios que el cliente pagará a su abogado por los servicios prestados. La *cuota litis* es un acuerdo que abogado y cliente firman antes de que se resuelva el asunto contencioso por el cual el cliente se compromete a pagar un porcentaje del resultado del proceso, independientemente de si consiste en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que el cliente obtenga. Modelo de retribución validado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 (núm. 6610/2008, Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008)[31]. Sobre esta posibilidad hay que recordar que el artículo 75 LCSP señala que:

> «En los contratos del sector público, la retribución del contratista *consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros*, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados». (cursiva nuestra).

Nos encontramos, por tanto, ante un modelo de pago por resultados, o mejor, de pagos por un resultado con éxito[32].

La LCSP exige un precio cierto –que no fijo–. Concepto que no define y que obliga a una interpretación de «segundo grado» con la regulación prevista en el Derecho Privado, donde los artículos 1.447 y 1.449 del Código Civil, respectivamente establecen: «Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea

---

[31] El Tribunal Supremo considera, en relación a la intención de impedir los modelos de *cuota litis,* «acreditado que el Consejo General de la Abogacía ha infringido el artículo 1 LDC al haber adoptado una decisión colectiva para establecer honorarios mínimos de los abogados, impidiendo que los precios de los mismos se fijen libremente por negociación entre cliente y abogado».

[32] Sobre la opción de pago por resultados en la contratación pública puede consultarse a Ariel Rezzoagli (2016).

con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada», y «El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Criterio asumido por el Consejo de Estado *en el Dictamen de 4 de marzo de 1993* donde afirma que, si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, «precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquél lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias».

En este mismo sentido, el Informe 2/2013, de 28 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, señala: «la obligación de que el precio sea cierto significa que el precio o, en cualquier caso, los elementos que lo integran deben estar determinados en el momento en que se perfeccione el contrato o deben ser determinables en un momento posterior».

También la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha manifestado en este mismo sentido, y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2005, señala: «Por tanto, con carácter previo a la aprobación del expediente (artículo 70 LCAP) deberá haberse determinado con exactitud el precio, más la certitud no parece razonablemente exigible de la totalidad del precio sino que *la certidumbre se predica de los elementos que lo integran»* (cursiva nuestra).

En consecuencia, *es conforme al ordenamiento jurídico vigente y la exigencia de un precio cierto que el modelo de retribución de una prestación contractual pueda ser determinado por variables diferentes previamente conocidas*, que será un precio «con un modo de determinarlo», como indica el artículo 35 *f)* LCSP (incluso se admiten precios provisionales (artículos 75.5 y 85.5 LCSP)[33].

Desde esta perspectiva, nada impide un pacto de cuota litis, que determine las reglas previamente, como modo de retribución en la prestación de los servicios de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales.

Opción de pago por resultados, como es la *cuota litis*, que no es extraña en otros objetos licitatorios (por ejemplo en el sector salud)[34]. Así, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 52/09, de 26 de febrero de 2010, denominado «Ámbito y exclusiones de los contratos de servicios. Posibilidad de que el precio del contrato consista únicamente en un porcentaje sobre los rendimientos obtenidos», concluye, de forma indubitada, que: «*Sí es posible retribuir al contratista única y exclusivamente con un porcentaje sobre el importe efectivamente cobrado* (principal, intereses y sanciones)*, en los expedientes fruto de la colaboración entre el Ayuntamiento y el contratista*» (cursiva nuestra).

Modelo de retribución que se utiliza también en ciertos servicios de eficiencia energética donde se incentiva (y se paga) según la reducción del consumo/importe de la factura de electricidad. En este ámbito, la Junta Consultiva de Contratación Pública, mediante Informe 59/11 de 1 de marzo de 2012, da respuesta a la cuestión relativa a la posibilidad de fijar el precio de un contrato para la implantación de un Proyecto de mejora de la eficiencia energética mediante un porcentaje sobre los ahorros que se generen. La Junta Consultiva de Contratación Pública aplica la doctrina contenida en su Informe 52/09, concluyendo que fijar el precio en un porcentaje sobre el ahorro obtenido por diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto, y siempre que cumpla el requisito *de verificable, medible o estimable, «puede cumplir con la doctrina expuesta en el informe citado…/…el precio, si bien no es fijo, resulta determinable si se introducen los correspondientes parámetros que permitan cuantificar su variación en base a los ahorros de consumo energético verificados»* (cursiva nuestra).

En definitiva, por tanto, admite de nuevo un sistema de determinación del precio variable, pero determinable y por tanto, cierto. La Junta Consultiva de Contratación Pública decanta, además, una importante conclusión, pues generaliza la posibilidad de aplicación del sistema de precios variable previsto en el artículo 87.4 TRLCSP a cualquier contrato de servicios, al señalar al respecto de dicho sistema que: «si bien resulta especialmente aplicable a los contratos de colaboración público-privada en los que se prevé expresamente la remuneración variable asociada a determinados objetivos de rendimiento, igualmente son aplicables para el caso de que los contratos sean calificados como mixtos, de suministro y servicios, o bien como contrato de servicios».

---

[33] La Junta Consultiva Contratación Administrativa ha analizado en profundidad también los conceptos de valor estimado del contrato, presupuesto de licitación y precio del contrato (referidos a la regulación de la Ley 30/2007 y de sus normas de desarrollo, como es lógico por las fechas de emisión) en sus Informes 43/2008, y 17/2012, entre otros. En ellos, se incluye una interesante y completa recopilación sobre la doctrina relativa a estos conceptos y establece pautas para identificarlos y distinguirlos con precisión. *Vid*. por todos, Peña Ochoa (2018, pp. 948-952). Este mismo autor ha explicado las posibilidades del pago por resultado.

[34] Sobre la función del pago por resultado desde la perspectiva de la compra pública estratégica *vid.* Gimeno Feliú (2020a, pp. 94-95). En relación al pago por resultados en el sector salud nos remitimos, por todos, a Gimeno Feliú y García-Álvarez (2020, pp. 179-188).

Recuerda la Junta que el artículo 278 LCSP –artículo 302 TRLCSP– establece que el precio de los contratos de servicios «*podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo*, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, *o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades*» (cursiva nuestra).

Definición que considera perfectamente compatible con el sistema de determinación del precio analizado, señalando al respecto que «dicha previsión» –en referencia al derogado artículo 302 TRLCSP– «no está en modo alguno en contradicción con lo expuesto, ya que deja abierta la posibilidad a que el precio sea fijo o variable por referencia a parámetros que permitan su determinación, siguiendo la regla general expuesta».

Otro tanto sucede, por ejemplo, con modelo de retribución por pagos por resultados (con techo presupuestario) en la adquisición pública de medicamentos o de contratación de servicios de tecnología innovadora en salud[35]. La retribución no es fija y depende del «éxito» de la prestación.

En definitiva**,** *es posible la determinación de retribución por resultados, que es una opción admitida por el propio artículo 102 LCSP*.

Admitida esta posibilidad de retribución hay que advertir que el pacto de *cuota litis* se debe establecer de forma clara y precisa en el pliego que concretará todas las condiciones de este pacto de retribución del abogado: desde el porcentaje de pago, hasta el tiempo y la forma en que se abonará. El sistema de *cuota litis*, de gran arraigo en el sistema anglosajón, puede establecerse de dos maneras:

- *Cuota litis* estricta: cuando el acuerdo establece que el cliente pagará solo un porcentaje concreto del resultado.
- *Cuota litis* mixta: cuando el pacto fija, además del porcentaje del resultado, unos honorarios concretos que deberán ser satisfechos por el cliente al comienzo de la relación.

Por último, en relación al valor estimado de este contrato con este modelo de retribución se deberán aplicar las reglas generales. El concepto de valor estimado tiene su origen en el artículo 9 de la derogada Directiva 2004/18/CE, que establecía el método para el cálculo del valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a los efectos de identificar los que superan los umbrales que determinaban la aplicación directa de sus normas. Incorporado este concepto por la legislación española de 2007, durante la vigencia del sistema del TRLCSP su cálculo se ha regido por las reglas establecidas en el artículo 88, prácticamente idénticas a las que se contienen en el artículo 101 de la LCSP. Según aquellas, el valor estimado del contrato es el importe total sin IVA que, según las estimaciones del órgano de contratación, se podrá pagar al contratista por la ejecución del contrato, incluidas las variaciones que puedan aprobarse durante su ejecución. Por tanto, deben tenerse en cuenta en su estimación cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. También se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, en los casos que contemplen la posibilidad de que del contrato sea modificado. Y, por el contrario, no se computarán nunca como valor estimado del contrato las posibles revisiones de precios que se reconozcan al contratista en los casos que procedan.

CONCLUSIONES

Debemos insistir en la necesidad de una interpretación de las relaciones jurídicas y la consideración de la existencia de un contrato público desde la lógica de los principios regulatorios europeos[36]. Los conceptos «comunitarios» deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE, que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal). Así ha sucedido con conceptos claves como el de poder adjudicador. Pero también con el de operador económico. Y ello porque la normativa europea de contratación no pivota sobre el elemento subjetivo (como ha sido la tradición española), sino sobre el concepto objetivo relativo a la existencia, o no, de un contrato público en sentido estricto. El criterio principal que utiliza el TJUE para esta operación no gravita sobre la idea del quien, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública. Por

[35] *Vid*. Gimeno Feliú y García-Álvarez (2020).

[36] Gimeno Feliú (2022).

otra parte, no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público por el simple hecho de que una de las partes sea o tenga la condición formal (en abstracto), de poder adjudicador. Así lo advirtió ya la STJUE de 1998, *Mannesmann*, al concluir que no son de aplicación las previsiones de las Directivas de contratación pública cuando se refiere a un proyecto que, desde su origen, corresponde plenamente al objeto social de una empresa que no es un órgano de contratación y cuando los contratos relativos a dicho proyecto hayan sido celebrados por un órgano de contratación por cuenta de dicha empresa (apartado 46 de la Sentencia).

La normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público. Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional –y no formal– que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no un contrato público. Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva. Lo que ha obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Lo que implica que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador, a un contractual, tiene la calificación de contrato público.

La consideración como contratos no armonizados reproduce la previsión de la Directiva, que refiere a estos como contratos excluidos del ámbito de la referida Directiva. Es decir, la inclusión de esta previsión no supone que estos contratos estén incluidos en el ámbito de la LCSP, pues la misma LCSP (ex artículo 9) los ha excluido. El artículo 19 LCSP refiere también a los contratos incluidos dentro del *ámbito* definido por el artículo 346 del TFUE que se concluyan en el sector de la defensa (que se excluyen en el artículo 5 LCSP), o los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público (que son negocios excluidos en tanto los notarios son funcionarios públicos especiales). Es decir, la consideración como servicios no armonizados en este precepto legal no implica, en modo alguno, su sometimiento a las previsiones de la LCSP.

En definitiva, si el legislador español hubiera querido incluir a estas actividades de servicios jurídicos de defensa en procesos jurisdiccionales dentro del ámbito de la LCSP, debería haber explicitado tal decisión (y justificarla, pues se trata de negocios expresamente excluidos tradicionalmente de las Directivas de contratación pública). Y nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, lo que, por s*í* mismo, dado que se trata de ajustar la legislación de 2011 a las nuevas Directivas de 2014, conduce como única interpretación posible a que la LCSP no ha incluido como contrato público sometido a esta Ley, las relaciones jurídicas onerosas derivadas de la actividad de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales[37]. Y, en todo caso, conforme al principio de libertad de pactos, en tanto el precio se podrá determinar con reglas claras, nada impide la utilización del modelo de retribución de *cuota litis.*

Por último, conviene advertir que esta solución debe ser aplicable a las fases preparatorias e incluso a ciertos informen jurídicos que puedan solicitarse con carácter preventivo que forman parte del concepto de «actividad forense». De hecho esta previsión se incluye también en el artículo 10 de la Directiva 2014/24 que indica que es negocio excluido el «asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el inciso *i)* de la presente letra, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aurélien, A. (2011). L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique. *Revue Française de Droit Administratif*, (5), 879-892.

Berberoff Ayuda, D. (2018). La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo. En J. M. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp.163-202). Thomson Reuters Aranzadi.

[37] Criterio, insistimos, fijado en el Informe 1/2023, de 14 de febrero de 2023 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que ha concluido que la contratación de los servicios de un abogado para la defensa en un proceso jurisdiccional es un negocio excluido de la Directiva 2014/24 y, por ello, no se somete a las previsiones de la LCSP: «En consecuencia, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del Derecho, están formalmente excluidos del ámbito de la contratación pública y no tienen la consideración de contrato público. Por su propia naturaleza y función y también porque que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia».

Del Saz Cordero, S. (2019). La contratación de los servicios jurídicos por las entidades del sector público. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, (1), 88-96.

Fernández Acevedo, R. (2018). Los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público* (tomo 2, pp. 1443-1510). Tirant lo Blanch.

Gallego Córcoles, I. (2014). Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública. En J. M. Gimeno Feliú (dir.) y M. A. Bernal Blay (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013* (pp. 165-232). Thomson Reuters Aranzadi. Disponible en: http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/Observatorio%20de%20los%20contratos%20pu%CC%81blicos%202013.pdf

Gimeno Feliú, J. M. (2018a). Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación. *Cuadernos de Derecho Local*, (48), 312-343. http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1893

Gimeno Feliú, J. M. (2018b). El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (74), 4-13, Disponible en: http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/El%20nuevo%20modewlo%20concesional.%20El%20Cronista,%202018.pdf

Gimeno Feliú, J. M. (2018c). La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorporales (derechos intelectuales). *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (Extra 18) (ejemplar dedicado a: La Ley de Contratos del Sector Público), 21-44. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6887517.pdf

Gimeno Feliú, J. M. (2019). *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones* (1.ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.

Gimeno Feliú, J. M. (2020a). La visión estratégica en la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Revista Economía Industrial*, (415), 89-97. Disponible en: https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/GIMENO%20FELIU.pdf

Gimeno Feliú, J. M. (2020b). Las fronteras del contrato público. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (205), 19-60.

Gimeno Feliú, J. M. (2022). El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad. *Revista General de Derecho Administrativo*, (59), 1-40. https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424666

Gimeno Feliú, J. M. y García-Alvarez, G. (2020). *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor* (1.ª ed.) Thomson Reuters Aranzadi.

Gómez Fariñas, B. (2021). *El principio de proporcionalidad en la contratación pública. Un análisis de su aplicación desde la óptica del derecho europeo y español* (1.ª ed.). Marcial Pons.

Gutiérrez-Alviz y Conradi, F. (2012). *El derecho de defensa y la profesión de abogado*. Editorial Atelier.

Menéndez Sebastián, E. M. (2018). El contrato de servicios. En J. M. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1537-1564). Thomson Reuters Aranzadi.

Mesa Vila, M. (2018). La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta. *Revista General de Derecho Administrativo*, (47), 1-14. https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419787

Peña Ochoa, A. (2018). Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector público de 2017. En J. M. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 931-956). Thomson Reuters Aranzadi.

Rezzoagli, B. A. (2016). Contratación pública para objetivos y resultados: aproximación y discusión teórica. *Derecho Público*, (37), 1-23. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6331302.pdf

Rubio Beltrán, J. (2019). La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista de Estudios de La Administración Local y Autonómica*, (11), 184-203. https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10570

Santamaría Dacal, A. (2015). El derecho europeo y la profesión de abogado. En S. Muñoz Machado (dir.), *Historia de la abogacía española* (vol. 2, pp. 1839-1868). Thomson Reuters Aranzadi.

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 10-02-2023
Modificado: 06-03-2023
Aceptado: 12-03-2023
Prepublicado: 16-03-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11184
Páginas: 100-124

Referencia: Cano Campos, T. (2023). Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 100-124. https://doi.org/10.24965/reala.11184

Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible[1]

Exceptional cost in the implementation of public procurement contracts: between the ius variandi *and unforeseeable risk*

Cano Campos, Tomás
Universidad Complutense de Madrid (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2268-9681
tcano@der.ucm.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Sus líneas de investigación se centran en la invalidez de los actos y de las normas, las sanciones administrativas, los contratos públicos, la responsabilidad patrimonial de la Administración, el tráfico, los transportes y la movilidad. Es también consejero académico en Tornos Abogados.

RESUMEN

El incremento excepcional de los costes de ejecución de los contratos públicos está revelando las graves deficiencias que aquejan a la regulación de esta fase de la contratación pública. A la tradicional confusión entre el *factum principis* y el riesgo imprevisible, se ha unido ahora la delimitación entre éste y el *ius variandi*, potestad que, en contra de su entendimiento tradicional, pretende ser utilizada como técnica de restablecimiento del equilibrio contractual cuando se rompe por circunstancias imprevisibles. Esto plantea la cuestión de si la forma más adecuada de hacer frente al referido incremento es la modificación del precio sin más o la compensación por riesgo imprevisible y, en último término, si tales técnicas son las más idóneas para hacer frente a situaciones de crisis como la actual o resulta más apropiado acudir a la legislación de urgencia. El presente estudio, tras recordar algunos de los principios y conceptos capitales de la contratación pública, trata de responder a estos interrogantes.

PALABRAS CLAVE

Riesgo y ventura; equilibrio económico; *ius variandi*; riesgo imprevisible; revisión de precios.

ABSTRACT

The exceptional increase in the costs of executing public procurement contracts is revealing the serious deficiencies that affect the regulation of this stage of public procurement. To the traditional confusion between the *factum principis* and unforeseeable risk, the delimitation between the latter and the *ius variandi* has now been added, due to the fact that the ius variandi in contrary to its traditional understanding, is intended to be used as a technique for restoring the contractual balance when it breaks due to unforeseeable circumstances. This raises the question of whether the most appropriate way to deal

[1] Grupo de Investigación “Las transformaciones del Estado y la autonomía Local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa”, de la Universidad Complutense de Madrid; Proyecto de investigación “Contratación pública y competencia: nuevos retos ante el plan de recuperación, transformación y resiliencia (CONRESI), Ref. V-1157”.

with the aforementioned increase is simply changing the price or compensating for unforeseeable risk and, ultimately, whether such techniques are the most suitable to deal with crisis situations such as the current one or it is more appropriate to resort to emergency legislation. This paper, after recalling some of the key principles and concepts of public procurement, tries to answer these questions.

KEYWORDS

Risk and fortune; economic balance; ius variandi; unforseen circumstances; price revision.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA *LEX CONTRACTUS* Y EL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA. 3. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO. 4. LAS EXCEPCIONES AL RIESGO Y VENTURA. 5. ¿SE PUEDE MODIFICAR EL PRECIO DE LOS CONTRATOS POR CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES? 6. EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO POR RIESGO IMPREVISIBLE. 7. LOS REQUISITOS DEL RIESGO IMPREVISIBLE. 8. RIESGO IMPREVISIBLE, SITUACIONES DE CRISIS Y LEGISLACIÓN DE URGENCIA: EL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO, SOBRE REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS. 9. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

El aumento de la actividad económica que ha tenido lugar tras la pandemia y las fuertes tensiones comerciales que se han producido tras la invasión de Ucrania han provocado un incremento excepcional de los costes de ejecución de los contratos públicos que está perturbando seriamente las relaciones contractuales entre la Administración pública y sus contratistas.

La situación afecta a todos los tipos contractuales (obras, servicios, suministros y concesiones de obras y de servicios), pues el extraordinario incremento de los precios no sólo aqueja a las materias primas necesarias para la ejecución de las obras o a la energía eléctrica (que, por cierto, constituye la partida más importante en algunos contratos de servicios como los de saneamiento y depuración de aguas residuales), sino también a los costes laborales (que son los más importantes en muchos contratos de servicios, como los de limpieza y recogida de residuos) y a los alimentos básicos necesarios en muchos contratos de servicios y de suministros a la Administración (servicios y concesiones a cafeterías, servicios de comidas y asistencia a personas mayores, suministro para la alimentación de los internos en centros penitenciarios, etc.).

Este aumento excepcional de los precios no sólo está poniendo en peligro la correcta ejecución de muchos contratos públicos, sino que también está provocando que los contratistas se opongan a las prórrogas, valoren seriamente la posibilidad de resolver los contratos ante la imposibilidad de cumplirlos y, en fin, dejen desiertas más licitaciones que nunca.

La situación generada ha puesto en el centro del debate, como suele ocurrir en situaciones de crisis, a principios esenciales de la contratación, como la *lex contractus* y el principio del riesgo y ventura del contratista, a la cuestión del equilibrio económico de los contratos o a la técnica del riesgo imprevisible para garantizarlo, que ha adquirido un considerable interés práctico. Pero, sobre todo, lo que la actual situación ha puesto de manifiesto son las graves deficiencias que aquejan a la regulación de los contratos públicos en lo que se refiere a su cumplimiento y a las incidencias en su ejecución, tal y como ha denunciado la doctrina más autorizada recientemente[2].

Estas deficiencias afectan, especialmente, a las denominadas técnicas de garantía del equilibrio económico del contrato o situaciones de anomalía contractual, cuya regulación en la LCSP es imprecisa, deficiente y parcial. A la confusión tradicional existente entre el *factum principis* y el riesgo imprevisible, se ha unido ahora la confusión entre éste y el *ius variandi*, potestad que, en contra de su entendimiento tradicional, pretende ser utilizada como una técnica de restablecimiento del equilibrio contractual cuando se rompe por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. Este problema a su vez plantea la cuestión de si, en tales casos, la mejor forma de hacer frente al excepcional incremento de los costes de los contratos es la modificación del precio sin más o la tradicional compensación por riesgo imprevisible. Además, la actual situación también plantea un problema recurrente y general: el de si tales técnicas son las más idóneas para hacer frente a situaciones de crisis como las actuales o resulta más adecuado acudir a la legislación de urgencia.

[2] Santamaría Pastor (2021a, pp. 135-164; 2021b, pp. 91-98); Fernández Farreres (2021, pp. 47-90).

El presente estudio, tras recordar algunos de los principios y conceptos capitales de la contratación pública, trata de responder a esos interrogantes.

2. LA *LEX CONTRACTUS* Y EL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA

Los contratos son acuerdos jurídicamente vinculantes, pues, como dispone el art. 1091 del Código Civil, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. Ello no quiere decir, como es lógico, que el contrato sea ley, sino que las obligaciones que de él nacen vinculan a su cumplimiento como la ley misma. El contrato no tiene la generalidad y abstracción de la ley, pero *inter partes* tiene su misma autoridad, aunque no como una ley heterónoma, sino autónoma[3]. Es lo que se denomina *lex contractus*. Y eso es lo que en la contratación pública significa que los pliegos son la «ley del contrato». Los pliegos constituyen el documento base del contrato con arreglo al cual éste ha de ser cumplido, pues incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumen las partes.

Por eso, el principio básico que rige las relaciones entre las partes en la ejecución de los contratos es el del cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*)[4]. Así lo establece, para los contratos públicos, el actual art. 189 LCSP: «Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación a favor de las Administraciones públicas». De ello deriva la inmutabilidad inicial de las obligaciones acordadas y la regla de que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, esto es, que la mayor o menor onerosidad en el cumplimiento del contrato corresponde al contratista, que no puede desligarse de lo pactado (arts. 197 y 254 LCSP)[5].

El Tribunal Supremo ha señalado en este sentido que la contratación administrativa, al igual que la privada, se caracteriza, también, por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato ya que la ley proclama el principio del riesgo y ventura del contratista, elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, por tanto, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación[6].

La jurisprudencia viene destacando desde hace tiempo, en una fórmula ya clásica y muchas veces repetida, que:

> «el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general de la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado»[7].

El riesgo y ventura, como se infiere ya del párrafo transcrito, también puede tener consecuencias positivas para el contratista, de modo que puede patrimonializar los beneficios (ventura) derivados de la ejecución del contrato, aunque excedan de los que implícitamente se previeron cuando se celebró, por lo que, del mismo modo que habrá de soportar la mayor onerosidad que la ejecución del contrato le pueda deparar, también se beneficiará de las mayores ventajas de su ejecución[8].

---

[3] Lacruz Berdejo et al. (1987, p. 317).

[4] Carrasco Perera (2017, p. 69); Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, p. 508). Para los contratos públicos, por todos, Santamaría Pastor (2021a, p. 141).

[5] Santamaría Pastor (2021a, p. 141); Fonseca-Herrero Raimundo (2021, p. 16). En la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5401) (FD 6), de 17 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3962) (FD 6), de 16 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2589) (FD 4) o de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:269) (FD 3). Los contratos civiles, lógicamente, también se celebran a riesgo y ventura del contratista, tal y como destaca, por ejemplo, Carrasco Perera (2017, p. 59, por nota).

[6] SSTS de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5401) (FD 6) o de 16 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2589) (FD 4), entre otras muchas.

[7] STS de 18 de junio de 1947, recordada posteriormente por otras muchas, como, por ejemplo, la de 22 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:9121) (FD 7), la de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531) (FD 4), la de 2 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2936) o la de 13 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:438) (FD 1). Sobre el tema, véase el trabajo clásico de García de Enterría (1950, p. 83-108); así como Villar Palasí y Villar Ezcurra (2004, pp. 525-559).

[8] Así lo señalan, entre otras, las SSTS de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531) (FD 4) y de 20 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3839) (FD 7), o el dictamen Consejo de Estado 1030/2015, de 21 de enero de 2016. En la doctrina, por todos, Santamaría Pastor (2021a, p. 143).

El riesgo y ventura rige durante la ejecución del contrato, pero no resulta aplicable cuando el contratista continúa realizando las prestaciones una vez concluido el plazo fijado en el contrato, pues, en tal caso, la Administración debe compensarle por la totalidad de los gastos en que haya incurrido para asegurar la continuidad de las prestaciones[9]. Por ejemplo, cuando la Administración, en virtud del actual art. 29.4 LCSP, impone al contratista la continuación forzosa de la prestación[10].

El riesgo y ventura tampoco incluye, lógicamente, los incumplimientos contractuales por causas imputables a cualquiera de las partes, ni tiene tampoco un carácter absoluto. El art. 189 LCSP salva de la inmutabilidad del contenido obligacional del contrato las prerrogativas de la Administración (por todas, el *ius variandi*) y el propio art. 197 LCSP excluye del riego y ventura los casos de fuerza mayor. Pero estas no son las únicas excepciones, pues el principio de riesgo y ventura no impide que la Administración deba compensar también al contratista en los supuestos de *factum principis* o cuando sobrevengan circunstancias imprevisibles que alteren por completo la base de lo pactado (riesgo imprevisible).

Al *factum principis* se refieren los arts. 270.2.b) y 290.4.b) de la LCSP, a tenor de los cuales se debe restablecer el equilibrio económico del contrato «cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato». Mientras que el riesgo imprevisible, como se verá, está reconocido en la LCSP como causa que habilita el ejercicio del *ius variandi* y ha sido admitido por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado como excepción al riesgo y ventura del contratista.

En todos estos supuestos la *lex contractus*, suele afirmarse, entra en tensión con otro principio que también se considera básico en la contratación: el principio del equilibrio económico-financiero del contrato, que modula o excepciona el riesgo y ventura del contratista. Así, el Consejo de Estado, en su dictamen núm. 1030/2015, de 21 de enero de 2016, entre otros, señala que el principio de riesgo y ventura se matiza, cohonestando su vigor, con el necesario respeto al equilibrio económico financiero del contrato administrativo, de modo que aquel principio decae frente al mantenimiento del equilibrio económico-financiero en determinados supuestos muy singulares como los indicados. El Tribunal Supremo también ha destacado en repetidas ocasiones que:

> «en nuestro ordenamiento ha sido tradicional establecer unas excepciones –tasadas– a esa aleatoriedad de los contratos administrativos que permiten reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables o a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*) o por hechos que se consideran "extramuros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible»[11].

Conviene, por ello, que nos refiramos al equilibrio económico del contrato que se rompe en estos supuestos para concretar, después, cuál o cuáles de estas excepciones podrían resultar de aplicación a aquellos contratos que han sufrido un aumento desproporcionado de los costes necesarios para su ejecución.

3. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

La existencia de un equilibrio entre las prestaciones o intereses recíprocos de las partes es esencial a la idea misma de contrato[12]. Tales prestaciones suponen una valoración económica, razón por la que también se habla del equilibrio económico (o económico-financiero) del contrato. El equilibrio económico

---

[9] La reciente STS de 2 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4068) fija como doctrina general que si las causas del aumento del plazo de ejecución de un obra no resultan imputables al contratista sino a la Administración no quedan comprendidas en el riesgo y ventura del contratista (FD 5).

[10] Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 9 de mayo de 2019 (expediente 31/2017). Sobre el tema, con cita de numerosas sentencias que equiparan esta denominada «prórroga forzosa» al *ius variandi*, Bouso Darriba (2021: 125-168). La STS de 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2399) precisa que el derecho a la compensación económica por la prórroga forzosa (en el caso analizado, la prevista en el art. 85 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres) no requiere que el contratista impugne la resolución que le impone la prórroga (FD 6).

[11] Entre las más recientes, SSTS de 16 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2589) (FD 4) y de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:269) (FD 5).

[12] Martín-Retortillo (1996, pp. 112-113): «No la igualdad estática como se ha pretendido al referirse al Derecho Administrativo, sino una proporcionalidad, una adecuación en la prestación –proyección del sujeto en la concreta relación contractual–, es lo que se perfila como necesario en el contrato. Prestación que ha de referirse y supone una valoración económica».

del contrato alude a la situación de equivalencia o proporcionalidad de las prestaciones que las partes consideran justa y adecuada en el momento de su celebración. En los contratos sinalagmáticos, bilaterales o de intercambio (en los cuales cada parte recibe un contravalor de su prestación), como son los públicos, también se suele hablar de conmutabilidad de las prestaciones contractuales o de reciprocidad de los intereses del contrato[13].

En el ámbito administrativo, la teoría del equilibrio económico nace en Francia en el seno de las concesiones administrativas y parte de la idea del contratista colaborador de la Administración. De ahí se incorporó al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), donde todavía puede apreciarse en su art. 127.2.2.º.b) y, en Cataluña, al Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña (ROAS), que también lo consagra expresamente en sus arts. 249 y 250 respecto de las concesiones de servicios.

En la actual legislación de contratos, el principio del equilibrio económico se contempla expresamente en el art. 270.1 LCSP para el contrato de concesión de obras y en el art. 290.2 para la concesión de servicios públicos. El primero de ellos dispone que: «El contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente», mientras que el art. 257.b) consagra el derecho del contratista «al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión» de obras. El segundo establece que «cuando las modificaciones del contrato de concesión de servicios afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato». También se alude implícitamente al restablecimiento económico cuando se reconoce el derecho del contratista a la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren producido en la ejecución del contrato en los supuestos de fuerza mayor (art. 239).

Pero ello no quiere decir, como a veces se afirma erróneamente, que el equilibrio económico financiero sea exclusivo de los contratos de concesión. Tanto las Directivas europeas como la propia LCSP predican el equilibrio económico-financiero de todos los contratos públicos[14].

El art. 72.1.e) de la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, sobre contratación pública [al igual que el art. 43.4.b) de la Directiva 2014/23, de 26 de febrero, de concesiones], dispone que los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación cuando las modificaciones, con independencia de su valor, «no sean sustanciales a los efectos del apartado 4», apartado éste cuya letra b) precisa que, en cualquier caso, una modificación se considerará sustancial «cuando altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial».

Por su parte, el art. 205 de la LCSP, relativo a las modificaciones de los contratos no previstas en los pliegos, dispone en su apartado 2 que, además de por prestaciones adicionales y por circunstancias imprevisibles, cabe la modificación del contrato cuando no sea sustancial, y precisa de inmediato que «una modificación se considerará sustancial» cuando «altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco esencial» [letra c) apartado 2.º].

---

[13] Aunque algunos autores lo han cuestionado, Larenz (1993, p. 76) señala categóricamente que «es inmanente al contrato sinalagmático como tipo la idea de un equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación, de modo que cada uno pueda encontrar una ventaja».

[14] La razón de que en la LCSP sólo se hable expresamente de desequilibrio en las concesiones quizá se deba a que la doctrina surgió originariamente en su seno, a que adquiere su verdadero sentido en los contratos de larga duración (como las concesiones) y a que, en la actualidad, en las concesiones el contratista asume más riesgos que en el resto de contratos, pues asume el riesgo operacional, que es un riesgo especifico que no está presente en otros contratos. Sahún Pacheco (2019, p. 245) ha señalado que, como el riesgo operacional prohíbe la recuperación de la inversión y los costes en condiciones normales de funcionamiento (arts. 14.4 y 15.2 LCSP), el contrato de concesión es ahora un contrato con más riesgos que antes y, por tanto, menos seguro para el contratista. Esto plantea el problema de su compatibilidad con el derecho del concesionario al reequilibrio económico del contrato, en particular si se tiene en cuenta que la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, no dice nada al respecto. Es decir, en la medida en que el equilibrio económico de los contratos modula el riesgo que asume el contratista, es preciso saber hasta qué punto ello sigue siendo así sin comprometer la transferencia del riesgo operacional. Al punto que, el propio Consejo de Estado, en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de la LCSP, sostiene que «la existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español […] choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional [y por eso, añade] la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales».

Lo que de ello cabe inferir, en lo que ahora interesa, es que el equilibrio económico constituye una parte o elemento sustancial del contrato, de todos los contratos. La idea de equilibrio económico también subyace en la exigencia de que el precio de los contratos, además de cierto, sea adecuado al mercado (art. 102.3 LCSP).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara. En algunas de sus resoluciones afirma que el equilibrio económico constituye un principio sustancial, básico o esencial en materia de contratación y en otras lo predica claramente de todos los contratos públicos[15]. Por su parte, los Dictámenes del Consejo de Estado núms. 92/2019, de 28 de febrero, y 242/2019, de 11 de abril, relativos a dos contratos de obras sobre la conservación del firme de una carretera, señalan que el equilibrio económico-financiero «constituye un principio general del derecho de los contratos públicos». También la doctrina científica se ha referido al equilibrio económico de todos los contratos y no sólo de las concesiones[16].

El momento al que hay que estar para apreciar la ruptura del equilibrio de las prestaciones es el que las partes tuvieron en cuenta en el momento de la adjudicación del contrato, no cualquier otra situación existente con posterioridad. Por eso, el art. 290.2 LCSP habla de compensar a la otra parte «de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato». En consecuencia, la correcta ejecución de los contratos públicos, y el servicio a los intereses generales que con ellos se realiza, requiere asegurar al contratista una mínima estabilidad del esquema económico que se tuvo en cuenta en el momento de la celebración del contrato.

La existencia de este equilibrio económico inicial no quiere decir, lógicamente, que cualquier ruptura del mismo exija su restablecimiento o restauración, pues eso eliminaría el riesgo y ventura. El restablecimiento sólo procede cuando la causa de la ruptura sea imputable a la Administración (*ius variandi*, *factum principis*, que, por eso, se consideran generalmente supuestos de responsabilidad) o cuando, sin serlo, la sujeción estricta a lo pactado puede resultar contraria a la buena fe contractual y, sobre todo, al interés general que con todo contrato público trata de realizarse (fuerza mayor y riesgo imprevisible), pues, en estos dos últimos casos, el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones (al menos hasta lo que constituye el alea normal del contrato y, por eso, basta con una compensación parcial) es la mejor forma de garantizar la ejecución de la obra, la realización del suministro o la prestación el servicio[17].

Se trata de las denominadas excepciones al riesgo y ventura, que paso a analizar, aunque hay autores que han considerado que algunas de ellas no son tales porque nunca fueron incorporadas en su totalidad al ámbito de aplicación del principio del riesgo y ventura[18].

4. LAS EXCEPCIONES AL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA

La primera de las excepciones que suele citarse es la modificación del contrato por la Administración contratante o ejercicio del *ius variandi*[19]. Como se trata de una de las posibles soluciones al problema del fuerte incremento de los costes de ejecución de los contratos, será analizado en el apartado siguiente.

La segunda de las excepciones es el denominado *factum principis* o hecho del príncipe, expresión que alude a las decisiones generales imputables a la Administración que no van dirigidas de forma explícita al contrato, pero alteran sus presupuestos económicos. Se trata de intervenciones (o incluso omisiones) admi-

---

[15] SSTS de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:653) (FD 2), STS de 28 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:956), SSTS de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5401) y de 12 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3974) (FD 4.6). La STS de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809) (FD 4) lo predica claramente de todos los contratos (en el caso concreto se trataba de un contrato de obras del refuerzo del firme de una carretera). La SAN de 16 de julio de 2018 (ECLI:ES:AN:2018:3422) (FD 3) también lo aplica a un contrato de obras y considera que en el caso el equilibrio se ha roto como consecuencia de un riesgo imprevisible.

[16] A tal efecto bastará con citar a algunos de los autores más autorizados en la materia: Albi Cholbi (1960, p. 568); Ariño Ortiz (1968, pp. 346-347); Rebollo Puig (1995, pp. 85-87); Villar Palasí y Villar Ezcurra (2004, p. 542); Gimeno Feliu (2014, p. 147); Gallego Córcoles (2015, p. 151). Entre los Tratados y Manuales, García de Enterría y Fernández Rodríguez (2020, pp. 781-782); Muñoz Machado (2018, p. 181 y ss.); Santamaría Pastor (2018, p. 211); Fernández Farreres (2022, 160-161).

[17] Fernández Farreres (2022, p. 168) señala, por ello, que el equilibrio económico-financiero no pasa de ser en su formulación legal sino la suma de una cuantas excepciones heterogéneas a la regla del riesgo y ventura del contratista, mientras que para J. A. Santamaría Pastor (2021b, pp. 97-98) se trata de una noción perturbadora, pues si la Administración modifica el contrato, tanto mediante medidas directas (*ius variandi*) como mediante regulaciones generales (*factum principis*), debe indemnizar íntegramente su coste, mientras que si las alteraciones viene provocadas por supuestos de fuerza mayor o riesgo imprevisible, el deber de la Administración ha de limitarse a realizar las aportaciones necesarias para la finalización de la obra o la continuidad el servicio.

[18] Villar Palasí y Villar Ezcurra (1993, p. 92).

[19] El estudio más agudo y exhaustivo sobre tales excepciones en la LCSP, es el de Fernández Farreres (2021, pp. 47-90).

nistrativas de carácter general, derivadas del poder general de *imperium* (en la terminología del Consejo de Estado), que no modifican directamente, ni lo pretenden, el objeto contractual, pero que inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso y alterando el equilibrio económico.

La regulación del *factum principis* en la LCSP es confusa y parcial[20]. Se contempla en los arts. 270.2.b) y 290.4.b) LCSP; por tanto, sólo para las concesiones de obras y de servicios, lo cual carece de toda justificación. Además, solo se predica de la Administración contratante, a pesar de que tradicionalmente se refería a la actuación de cualquier Administración o incluso de otros poderes públicos, como el legislativo[21]. Ahora, según tales preceptos, se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato cuando «actuaciones directas de la Administración contratante, que tienen carácter obligatorio para el contratista, determinan directamente la ruptura sustancial de la economía del contrato», mientras que si el contrato resulta extraordinariamente oneroso para el contratista como consecuencia «de la aprobación de una disposición general de una Administración distinta a la contratante» tendrá derecho a desistir del contrato [arts. 270.4.a) y 290.6.a)][22]. El Consejo de Estado, y algunos Tribunales también, han considerado que si la actuación que produce la excesiva onerosidad no procede de la Administración contratante se puede acudir a la teoría del riesgo imprevisible[23]. Pero ahora, dada la literalidad de los preceptos referidos, sólo cabría acudir al riesgo imprevisible cuando se trate de actuaciones de otra Administración que no consistan en disposiciones generales (pues si son de este tipo, procedería el desistimiento) y, en su caso, de actuaciones del propio legislador[24].

El desequilibro económico que el fuerte incremento de los precios puede haber producido en muchos contratos públicos no obedece a actuaciones directas de las Administraciones contratantes, por lo que no se puede considerar de aplicación el *factum principis*. En este sentido, el informe núm. 10/2021, de 29 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación de Castilla-La Mancha, ha entendido que:

> «No sería aplicación al presente caso el mecanismo del *factum principis*, pues la subida de precios de las materias primas no trae causa de una actuación directa o indirecta de la Administración, teniendo en cuenta el principio de economía de libre mercado en que se mueven los citados precios»[25].

Otra excepción al riesgo y ventura es la fuerza mayor (*vis maior*). El art. 239 de la LCSP, al que se remite el art. 197 cuando consagra el principio de riesgo y ventura, dispone para el contrato de obras que, en los casos de fuerza mayor, el contratista «tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieran producido en la ejecución del contrato». Los eventos que, según aquel precepto, tienen la consideración de fuerza mayor son los incendios causados por la electricidad, los fenómenos naturales de efectos catastróficos, los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o graves alteraciones del orden público. El art. 270.2 se refiere también a la fuerza mayor en el contrato de concesión de obras y el art. 290.4 en el de concesión de servicios.

---

[20] Véase, Fernández Farreres (2021, p. 57; 2022, pp. 162-163); Santamaría Pastor (2021b, p. 95).

[21] No obstante, alguna sentencia del TS, como la de 16 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3125), exigió ya que el *factum* fuera imputable a la Administración concedente. Sobre ello, *vid.*, por ejemplo, Lavilla Rubira (2018, p. 1430).

[22] El mismo derecho surge, según el apartado b) de tales preceptos, si la extraordinaria onerosidad se debe a la obligación legal o contractual de incorporar avances técnicos que mejores las obras o su explotación. Por el contrario, el art. 157 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, habla de Administración a secas: la Administración debe restablecer el equilibrio económico del contrato: «b) Cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directe la ruptura sustancial de la economía de la concesión».

[23] Dictamen 1030/2015, de 21 de enero de 2016; STSJ Valencia núm. 793/2017, de 21 de julio; STS núm. 6/2020, de 24 de enero, del TSJ de Castilla y León.

[24] La delimitación entre el *factum principis* y el riesgo imprevisible nunca ha estado clara (Villar Palasí y Villar Ezcurra, 2004, p. 543), y se ha enturbiado aún más, como señala certeramente Fernández Farreres (2021, pp. 64-66), al exigir la jurisprudencia al *factum* la nota de la imprevisibilidad propia del riesgo imprevisible (págs. 64-66). Los Autos del TS de 6 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:5834A) y de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:528A) han admitido sendos recursos de casación en los que se considera que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en: «la determinación del significado y alcance de la doctrina del *factum principis* y del riesgo imprevisible y sus efectos sobre la economía del contrato y, en detalle, si la sobrevenida sujeción al pago del impuesto de bienes inmuebles por parte del concesionario comporta inexorablemente la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato o si, por el contrario, la desaparición de la exención del pago de dicho impuesto local, se inscribe en el principio de riesgo y ventura y no determina el nacimiento de derecho a compensación alguno a cargo de la Administración contratista». Esperemos que la sentencia, que todavía no se ha dictado, fiel a la función del actual recurso de casación, no se quede sólo en el detalle y siente algunos criterios generales de delimitación entre ambas figuras.

[25] https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=175124&IDTIPO=60&RASTRO=c709$m3652,69797,69798.

La regulación de la fuerza mayor en la LCSP, como en el caso del *factum principis*, es también fragmentaria y parcial[26]. Primero, porque tampoco se extiende a todos los contratos (nada se dice de los de servicios y suministros), lo cual es absurdo y, por eso, la jurisprudencia lo ha corregido. Segundo, porque, en el contrato de obras, la mayor onerosidad originada por la fuerza mayor no se condiciona a nada, mientras que en los contratos de concesión de obras y de servicios, para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, será preciso que la fuerza mayor haya ocasionado «de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión» (arts. 270.2.2.º y 290.4.2.º).

También parece claro que los fuertes incrementos de los costes de ejecución en muchos contratos públicos no obedecen a un supuesto de fuerza mayor. La pandemia primero y la guerra en Ucrania después pueden estar incidiendo claramente en el incremento de los precios, pero no están ocasionando, como exige el art. 239.2.c) LCSP, «destrozos violentos», máxime si se tiene en cuenta que la jurisprudencia considera que la fuerza mayor, como excepción al principio de riesgo y ventura, no puede interpretarse de forma extensiva ni analógica, sino ajustada a los supuestos tasados que contempla la norma, que son autónomos, no intercambiables y concurren de forma alternativa[27]. Respecto del incremento de los costes durante la pandemia, el informe núm. 38/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado señaló que:

> «la llegada de una pandemia dista de identificarse con incendios, con fenómenos naturales de efectos catastróficos o con destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público»[28].

En relación a la actual situación, el referido informe 10/2021 de la Junta Consultiva de Contratación de Castilla-La Mancha, considera en el mismo sentido que:

> «no podrá aplicarse la fuerza mayor como supuesto habilitante para que los contratistas de los contratos de obras a que se refiere el órgano peticionario puedan solicitar indemnización al órgano de contratación por los daños y perjuicios que les haya podido provocar la subida de precios de las materias primas en sus contratos, pues esta causa no entra dentro de las tasadas que regula la LCSP en su artículo 239»[29].

El reequilibrio económico de los contratos públicos también procede cuando sobrevienen circunstancias imprevisibles que provocan una excesiva y desproporcionada onerosidad para el contratista. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el *ius variandi* y en el *factum principis*, esa excesiva onerosidad, que puede colocar al contratista en una situación insostenible, deriva de acontecimientos imprevisibles en el momento de celebrar el contrato que resultan ajenos por completo a la actuación de la Administración.

El desequilibrio de algunos contratos públicos puede encajar en la teoría del riesgo imprevisible, razón por la que procede ocuparse de ella, no sin antes analizar la posibilidad de utilizar el *ius variandi* para modificar únicamente el precio de los contratos. Dejo al margen del estudio otros mecanismos de reequilibrio como la compensación por riesgos o sujeciones imprevistas (dificultades materiales que surgen durante la ejecución del contrato) y la técnica de la revisión de precios[30]. La primera porque no tiene nada que ver con el fuerte incremento de los costes de la ejecución de los contratos; la revisión de precios porque, dada su actual regulación, en exceso restrictiva, o bien no se contempla en todos los contratos cuyo equilibrio económico puede haberse roto o bien puede resultar insuficiente para su restauración. También dejo al margen la actualización de precios que es diferente a su revisión, pues opera antes de la formalización misma del contrato[31].

---

[26] Fernández Farreres (2021, p. 54; 2022, pp. 162-163); Santamaría Pastor (2021b, p. 96).

[27] Entre las más recientes, STS de 31 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2213) (FD 2), que se refiere al art. 231 del TRLCSP de 2011 cuya redacción es idéntica al actual art. 239 LCSP. La sentencia precisa que sólo realiza una enumeración ejemplificativa y no tasada de los supuestos de fuerza mayor el apartado b) de dicho precepto, ya que se refiere a los «fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes».

[28] En la jurisprudencia, por ejemplo, STSJ del País Vasco núm. 348/2021, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:TSJPV:2021:2388). En la doctrina, Sala Cantarell et al. (2023, en prensa) con cita de numerosas resoluciones judiciales.

[29] El informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, también descarta que en la actual situación concurra un *factum principis* o la fuerza mayor.

[30] Sobre los riesgos imprevistos, Fernández Rodríguez (2016, pp. 203-217).

[31] La actualización de precios se previó de forma muy restrictiva en el art. 67 del Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967. En la actualidad, la LCSP no se refiere a ella, pero hay un tratamiento específico y parcial de la figura en el art. 130.4 del Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Adminis-

5. ¿SE PUEDE MODIFICAR EL PRECIO DE LOS CONTRATOS POR CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES?

La Administración puede modificar el objeto del contrato, pero, si lo hace y altera su equilibrio económico, tiene que indemnizar al contratista, pues ello, lógicamente, no forma parte del riesgo y ventura que asume. La regulación actual del *ius variandi* en la LCSP está dispersa en varios preceptos. La regulación general, que es la que ahora interesa, se contiene en los arts. 190, 191 y 203 a 207, que se refieren a la atribución de esa potestad a la Administración contratante, a los supuestos en que procede y al procedimiento que ha de seguirse para ello[32].

La LCSP dispone que los contratos sólo pueden modificarse por razones de interés público y en los casos y la forma prevista en la propia Ley[33]. Su art. 203.2 contempla, como es de sobra conocido, dos tipos de modificaciones contractuales. De un lado, las modificaciones previstas en los pliegos, que, según el art. 204, deben respetar determinados límites cuantitativos y cualitativos y cumplir determinados requisitos. De otro, las modificaciones no previstas, las cuales, según el art. 205.1, sólo podrán realizarse cuando concurra alguno de los supuestos que se precisan en el apartado segundo (necesidad de añadir obras, suministros o servicios adicionales, aparición de circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales) y la modificación se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. La LCSP mantiene la regla básica, aunque incomprensiblemente no para todos los contratos, que obliga a la Administración contratante a restablecer la ecuación financiera del contrato cuando se ha alterado como consecuencia de las modificaciones impuestas compensando al contratista (art. 242 para el contrato de obras, art. 270 para la concesión de obras y art. 290 para el contrato de concesión de servicios).

Dado que el extraordinario incremento de los costes en la ejecución de los contratos públicos no suele estar previsto en los pliegos, cabe plantearse si resulta aplicable el art. 205 LCSP, en particular la modificación por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación, lo que, a su vez, nos lleva a la pregunta de si puede modificarse cualquier contenido contractual, en este caso únicamente el precio de los contratos.

A este respecto, conviene recordar que el art. 205.2.b) LCSP permite modificaciones no previstas en los pliegos en los siguientes términos:

> «Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:
>
> 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
> 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
> 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido».

La posible aplicación de dicho precepto para modificar únicamente el precio de los contratos admite dos posturas interpretativas encontradas, cada una de las cuales ha sido defendida en la doctrina y aplicada en la práctica.

En principio, y de conformidad con el tenor literal del precepto, podría sostenerse que cualquier contenido del contrato puede ser objeto de modificación por razones de interés público que, lógicamente, habrá que

---

traciones Públicas. Sobre la diferencia entre actualización y revisión de precios, SSTS de 2 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4716), de 10 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6526) y de 12 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2864), con cita de otras anteriores.

[32] Entre los estudios recientes más destacados, cabe mencionar la monografía de Codina García-Andrade (2019) y el artículo de Baño León (2018, pp. 1345-1364).

[33] El reciente informe de la Junta Consultiva de contratación Pública del Estado (expediente 56/22) recuerda que sólo se pueden modificar los contratos vigentes, por lo que no cabe acudir al art. 205 LCSP antes incluso de la adjudicación del contrato. Tal cosa, señala la Junta, nunca ha sido posible bajo nuestra legislación de contratos público ni tampoco bajo la actual, ya que el art. 153.6 LCSP señala que no podrá procederse a la ejecución del contrato antes de su formalización, mientras que el art. 205.2.b) alude a la posibilidad de modificar los contratos vigentes, es decir, ya celebrados. La consulta que da lugar a dicho expediente se refiere, precisamente, al tema que se aborda de inmediato: si es o no posible acudir al art. 205.2.b) LCPS para modificar únicamente el precio de un contrato como consecuencia del fuerte incremento de los costes de ejecución. La Junta no se pronuncia expresamente sobre el tema por la razón indicada de que no se puede modificar un contrato que todavía no existe.

concretar. En este sentido, el art. 290.1 LCSP (relativo a la concesión de servicios) dispone que la Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios por razones de interés público. La STS de 12 de diciembre de 2019 ha admitido la reducción de las tarifas del servicio, incluso sin compensación al concesionario, al entender que el incremento del número de vehículos sujetos a inspección técnica, debido al progresivo envejecimiento del parque de automóviles, ha supuesto un beneficio desproporcionado para los concesionarios que justifica la utilización por parte de la Administración del *ius variandi* para modificar a la baja de las tarifas de los contratos de concesión de las estaciones ITV, ya que concurre un interés público y con ello se mantiene el equilibrio financiero de la prestaciones[34].

Siguiendo la doctrina de esa sentencia, podría considerarse también que, en virtud del art. 205.2.b) LCSP, si se produce un grave desequilibrio económico del contrato porque sobrevienen circunstancias imprevisibles en el momento de la preparación del presupuesto y la licitación (un fuerte incremento de sus costes de ejecución), la Administración contratante podría ejercer su *ius variandi* para incrementar el precio del contrato ya que concurre un interés público en dicha modificación y con ello se mantendría el equilibrio económico[35].

En este caso, la modificación del contrato no operaría como la causa que altera las prestaciones del contrato y produce el desequilibrio económico, sino como la potestad que lo restablece. En consecuencia, en este caso nada habría que compensar, pues la modificación del precio se utiliza, precisamente, para requilibrar las prestaciones alteradas por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. A favor de ello podría esgrimirse que las prevenciones y límites que habitualmente se ponen a la modificación de los contratos públicos tratan de garantizar, como viene repitiendo desde hace años el TJUE, que no se altere la transparencia y la concurrencia en condiciones de igualdad de los licitadores ya que, de haber sabido éstos que la alteración iba a tener lugar durante la ejecución, su oferta podría haber sido diferente. Pero, en este caso, la modificación del precio se llevaría a cabo, precisamente, para que se respeten las circunstancias que tuvieron en cuenta todos los licitadores en el momento en que formularon sus ofertas, que son las que se han visto alteradas como consecuencia de circunstancias imprevisibles sobrevenidas durante la ejecución del contrato. La modificación no sería la causa de un desequilibrio contrario a la transparencia y a la igualdad, sino, precisamente, la solución a un desequilibrio creado por una causa diferente (un riesgo imprevisible).

Pero el ejercicio del *ius variandi* para modificar únicamente el precio del contrato no deja de plantear problemas, pues siempre se ha considerado que se trata de una potestad de la Administración para reformar unilateralmente el objeto del contrato (obras, servicios o suministros), sin perjuicio del correlativo deber de indemnizar al contratista por todos los perjuicios que ello le irrogue, de modo que se mantenga el equilibrio económico[36]. La alteración del precio, sin embargo, aunque en rigor constituye un supuesto de modificación contractual, goza de un régimen jurídico propio y singular, razón por la cual el art. 203.1 LCSP señala que:

> «Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a […] revisión de precios […], los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público y en los casos y en la forma previstos en esta Subsección»[37].

De hecho, la exigencia del art. 205.2.b) LCSP de que concurran acumulativamente los tres requisitos que contempla (que la necesidad de modificar el contrato derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever, que la modificación no altere «la naturaleza global del contrato» y, además, que no suponga una alteración en la cuantía del contrato superior al 50 % de su precio inicial), parece

---

[34] ECLI:ES:TS:2019:3974 (FJ 4). Esto ha sido muy criticado por la doctrina, porque, según se afirma, el hecho de reducir las tarifas de los usuarios sin compensar al contratista, supone la negación de que el contrato se ejecuta también a su ventura. Véanse, al respecto, los trabajos de Santamaría Pastor (2021a, p. 159) y de Fernández Farreres (2021, p. 79).

[35] Sostiene una tesis similar en relación a los arts. 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE y 43.1.c) de la Directiva 2014/23/UE, cuya redacción reproduce el art. 205.2.b) de la LCSP, Gallego Córcoles (2015, p. 150), para quien tales preceptos no regulan tanto el *ius variandi* cuanto los límites que se imponen al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando su origen es un hecho imprevisible. Por su parte, Lozano Cutanda (2018, p. 150) considera que dentro de las causas imprevistas a las que se refiere el art. 205.2.b) LCSP tiene cabida el riesgo imprevisible, el cual supone, precisa, «la aparición de una circunstancia sobrevenida extraordinaria y razonablemente imprevisible, no imputable a una deficiente gestión del contratista, que provoca una subversión grave en la economía del contrato, de modo que su cumplimento se torna extraordinariamente gravoso o incluso imposible en términos económicos», pero se incardina en la LCSP como un supuesto de modificación contractual que la Administración puede introducir y no como un derecho del contratista al reequilibrio económico del contrato.

[36] Consideran que sólo cabe acudir al *ius variandi* para modificar las prestaciones del contratista, Canales Gil et al. (2022, p. 371).

[37] Se refiere a ello, por ejemplo, la STS de 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:719).

descartar la posibilidad de que, en virtud de ese precepto, se modifique el precio del contrato si no se alteran, además, las prestaciones del contratista.

Primero, porque para limitar el ejercicio del *ius variandi* por circunstancias imprevisibles respecto del precio del contrato bastaría con establecer determinados límites cuantitativos (por ejemplo, que no se supere ese umbral del 50 % que ya se prevé). No harían falta los otros dos requisitos cuya concurrencia exige el precepto. Segundo, porque estos otros dos requisitos apuntan a la modificación de las prestaciones del contratista. La alteración de la «naturaleza global del contrato inicial» se produce, según dispone el art. 204.2 LCSP, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato, no si se modifica el precio[38]. Mientras que la necesidad de que sobrevengan circunstancias imprevisibles para una Administración diligente también parece apuntar a que son las prestaciones del contrato las que resulta necesario modificar, ya que si debido a tales circunstancias también resultara necesario modificar el precio del contrato el precepto no reduciría la imprevisibilidad a la Administración, sino que se referiría a las dos partes.

Ahora bien, la forma en que tales requisitos están formulados (la exigencia de que algo no acaezca: que la Administración no hubiera podido prever las circunstancias y que la modificación no altere la naturaleza global del contrato) no impide, en una interpretación literal del precepto, que se modifique únicamente el precio por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas como el incremento extraordinario de los costes de ejecución de los contratos. En efecto, en tal caso, una modificación sólo del precio que no exceda el 50 % inicial cumple el requisito de que la modificación derive de circunstancias que la Administración no pudo prever y, además, en rigor, no supone una alteración de la naturaleza global del contrato (pues no se sustituyen las obras, los suministros o los servicios ni se modifica con ello el tipo de contrato), por lo que se cumplen todas las condiciones que exige el precepto en su estricta literalidad[39].

La aplicación del art. 205.2.b) LCSP para modificar el precio del contrato por circunstancias imprevisibles no exigiría, como suele ser tradicional en la teoría del riesgo imprevisible, una excesiva onerosidad, sino que bastaría con la imprevisibilidad y con la concurrencia de una razón de interés público que justifique la modificación por tales circunstancias (arts. 190 y 203.1 LCSP), que en este caso se podría acreditar con la necesidad de garantizar la continuidad del contrato para asegurar la obra, el servicio o el suministro. La modificación se debe limitar a introducir las variaciones estrictamente necesarias para responder a la causa objetiva que la haga necesaria [art. 205.1.b LCSP]. Conviene tener en cuenta, además, que el *ius variandi* es una potestad de la Administración y, por ello, su aplicación a los supuestos de riesgo imprevisible no supone el correlativo derecho del contratista al reequilibrio económico del contrato, aunque este puede solicitar el ejercicio de aquélla si considera que concurren los requisitos exigidos.

El ejercicio del *ius variandi* por dicha causa requerirá, lógicamente, la instrucción de un procedimiento en el que habrían de respetarse los trámites esenciales que prevé el art. 191 LCSP para el ejercicio de todas las prerrogativas de la Administración, con las peculiaridades del art. 207 LCSP para la modificación (audiencia, informe del servicio jurídico de la entidad contratante, dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente según la cuantía, publicación del anuncio de modificación, etc.). Además, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 44.2 LCSP, la modificación podrá ser objeto de recurso especial en materia de contratación. Por lo tanto, el procedimiento sería más garantista y transparente que la compensación por riesgo imprevisible, si bien los presupuestos de hecho para su ejercicio serían menos rigurosos, ya que, como se acaba de señalar, no habría que acreditar una excesiva onerosidad.

La solución, en cualquier caso, no es pacífica en la práctica administrativa. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución núm. 436/2022, de 7 de abril, sobre la modificación

---

[38] Considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE. Para Baño León (2012, p. 144) se trata de un concepto equivalente al de modificación sustancial del contrato. En cualquier caso, también se ha sostenido que el criterio de la naturaleza global del contrato no se refiere tanto a la naturaleza del contrato celebrado, cuanto a las características esenciales del procedimiento de contratación realizado, de modo que se altera esa naturaleza si se introducen variaciones en aquellos elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del procedimiento de contratación tanto desde la perspectiva del número de ofertas como de su contenido, lo que acaecerá cuando se altere el objeto del contrato, se rebasen determinados límites cuantitativos o cuando se altere el equilibrio económico del contrato a favor del contratista (Gallego Córcoles, 2015, p. 137).

[39] Debo esta posición final a las enriquecedoras conversaciones mantenidas sobre el tema con el profesor Fernández Farreres, a quien le agradezco que, frente a mi postura inicial, me haya hecho ver que el requisito de que no se altere la naturaleza global del contrato no es concluyente para impedir la modificación del precio, pues, como la modificación no tiene por qué ceñirse exclusivamente a la alteración del precio, ese requisito puede terminar siendo innecesario en unos casos, pero en otros no lo será. Como señalo en el texto, cuando sólo se modifica el precio, el requisito de que no se altere la naturaleza global del contrato no es que resulte innecesario es que, en realidad, no se incumple.

del precio unitario de un contrato de suministro de papel con destino a centros sanitarios en el Principado de Asturias, considera que la modificación «no estaría justificada porque afecta a un elemento esencial del contrato, como es el precio». La resolución, siguiendo la recomendación de 10 de diciembre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, añade que una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta y supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo cuales son el presupuesto y el valor estimado, razón por la que estima el recurso especial interpuesto por otro licitador que quedó preterido y anula el acuerdo impugnado[40]. Pero la argumentación no me parece correcta. Primero, porque el requisito de que la modificación no afecte a un elemento esencial del contrato no aparece en el art. 205.2.b) LCSP. Segundo, y en cualquier caso, porque no creo que toda modificación del precio suponga la alteración de un elemento esencial del contrato, como se infiere, por lo demás, del propio apartado 3 de dicho precepto que pone el tope de la modificación en el 50 % de la cuantía del precio inicial.

El informe, ya citado, de la Junta Central de Contratación de Castilla-La Mancha, de 29 de noviembre de 2021, también descarta que sea lícito aplicar el art. 205.2.b) LCSP a supuestos de modificaciones que afecten al precio del contrato sin, al mismo tiempo, alterar también las prestaciones del contratista, aunque considera que ello no es obstáculo para aplicar la técnica del reequilibrio económico por riesgo imprevisible cuando concurran las circunstancias que lo justifiquen[41].

Por el contrario, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe 38/20, de 11 de febrero de 2021, admite la aplicación del art. 205.2.b) LCSP para modificar el precio de un contrato cuando concurren circunstancias imprevisibles (cierre de la frontera con Marruecos que impide la importación de áridos vía terrestre para la construcción de un centro de educación infantil en Melilla) que alteran de manera sustancial la economía del contrato (incremento del hormigón en torno al 45 % al tener que importar los áridos por vía marítima):

> «En la legislación vigente el supuesto de modificación del contrato por la superveniencia de circunstancias nuevas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato aglutina los conceptos de *ius variandi* y de riesgo imprevisible. No es de extrañar que la LCSP haya querido prever expresamente, de modo congruente con el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, un supuesto de modificación no prevista en los pliegos que ofrezca cumplida respuesta a los casos de riesgo imprevisible que puedan afectar a las condiciones económicas del contrato, bien que con el límite del 50 % del precio inicial del mismo»[42].

También cabe destacar la resolución del Presidente de la Entidad Estatal de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, de 14 de junio de 2022, relativa a la adecuación de los contratos de suministros de materias primas para la alimentación de los internos en dos centros penitenciarios de Algeciras. La resolución señala que durante la ejecución de tales contratos se han producido circunstancias excepcionales y totalmente imprevisibles en el momento de la aprobación del expediente de contratación (incremento excepcional del precio de los combustible, del gas y la electricidad, materias primas, etc.) que justifican la necesidad de una modificación de los contratos vigentes para restablecer su equilibrio económico, pues «ni la más diligente de las Administraciones hubiera podido prever una inflación como la existente, ni mucho

---

[40] Se puede consultar en: https://www.obcp.es/sites/default/files/2022-04/TACRC%20436-2022_0.pdf. La referida resolución invoca la STJUE de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549-14) y la STS de 27 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS: 2017:4276). Pero, en rigor, esa sentencia del TJUE sólo señala que «en principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa y el adjudicatario», mientras que la imputación que la resolución hace a esa sentencia del TS, de que las modificaciones no previstas se refieren a las prestaciones o actuaciones que ha de llevar a cabo el contratista y no al precio, no la hace, en realidad el TS, sino la sentencia del TSJ de Madrid de 19 de junio de 2019 impugnada en casación. En el mismo sentido, resolución núm. 740/2022, de 22 de junio.

[41] Lo mismo sostiene el Informe núm. 7/2022 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, de 12 de mayo de 2022, que entiende que la modificación de un contrato supone un cambio en la forma de efectuar la prestación que constituye su objeto, que puede conllevar o no alteración de su precio como consecuencia de ello, pero «no es posible proceder a la modificación de un contrato o acuerdo marco con el único objeto de incrementar su precio, pues no se trataría con ello de que el contratista efectuara la prestación de forma distinta a la pactada y la revisión de precios cuenta con su propia regulación en la LCSP» (https://contratos-publicos.comunidad.madrid/junta-consultiva/inf-7-2022). En el mismo sentido: Informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía (https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2022-03/Informe%2011-2021.pdf); Informe 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/01JuntasConsultivas/JCCA%20Canarias/JCCA%20Canarias%206-2022.pdf).

[42] Puede verse en: https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2021/2020-038covidmelilla.pdf.

menos una situación de guerra en territorio europeo» y «un cambio de contratista generaría un aumento sustancial de los costes para el órgano de contratación, porque en todos los casos los precios del mercado actual son sustancialmente más elevados que los propuestos y las modificaciones son inferiores al 50 por ciento del precio inicial de los contratos, IVA excluido». En consecuencia, se resuelve adecuar el precio de los contratos a las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles[43].

La Abogacía del Estado, en su informe de 26 de octubre de 2021, también acepta, en aplicación del art. 205.2.b) LCSP, la modificación del precio de un contrato de suministro de energía eléctrica para el año 2022 en los puntos de demanda gestionados por la empresa pública estatal ACUAMED[44].

Por último, la reciente sentencia de la Audiencia Nacional, de 10 de octubre de 2022, también admite la modificación del precio (en este caso a la baja) de uno de los lotes de un Acuerdo Marco por la aparición de circunstancias sobrevenidas y no previsibles (la fluctuación de los precios de tales productos debida a la volatilidad de los mercados internacionales como consecuencia de la pandemia), dado que concurre un claro interés público en la minoración del precio, cual es la necesidad de observar el principio de integridad y la utilización eficiente de los fondos públicos que consagra el art. 1 de la LCSP[45].

En cualquier caso, ante las dudas que suscita la modificación del precio *ex* art. 205.2.b) LCSP para hacer frente al incremento excepcional de los costes de ejecución de los contratos, cabe plantearse si, en su defecto, se podría acudir como último recurso, ciertamente excepcional y con un apoyo legal menos claro, al restablecimiento del equilibrio económico mediante una compensación por riesgo imprevisible[46].

---

[43] Se puede consultar en la siguiente dirección: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/e078915c-4a3f-4927-a0a9-cb6c103721fa/DOC20220624132247Exp_2021_00022_Modif.pdf?MOD=AJPERES

[44] La documentación relativa a dicha modificación se puede consultar en los dos enlaces siguientes: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/00d51729-f28c-45f4-ae31-d364edf549e8/DOC_MOD2022-452957.pdf?MOD=AJPERES; https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/bbb83671-e91c-412d-a114-541d35de05f1/DOC20220214132401SUE-01-20_Adenda+Modificado+n1_fdo+Acciona.pdf?MOD=AJPERES

[45] ECLI:ES:AN:2022:4711. El caso, cuya resolución por la Audiencia Nacional recuerda un nuevo supuesto de riesgo sin ventura, presenta ciertas singularidades. Se trata de un Acuerdo Marco de suministro de material necesario para hacer frente a la COVID-19 que fue adjudicado por la Directora del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria a varias empresas. Tras ello, una de las adjudicatarias solicitó la modificación del precio unitario del Acuerdo Marco para el lote 8 (mascarillas de protección FFP2) debido a la variación a la baja de las condiciones de mercado de suministro de las mascarillas de dicho lote. Tras los preceptivos informes favorables, por resolución de 26 de abril de 2021, la referida Dirección estimó la solicitud de minorar el precio de los productos del lote 8, con apoyo, entre otros, en el art. 205.2.b) de la LCSP. Entre la adjudicación del Acuerdo Marco y la modificación del precio transcurrieron apenas 4 meses. Otra de las empresas adjudicatarias interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por resolución de 28 de mayo de 2021. Contra la desestimación, interpuso recurso contencioso-administrativo que fue estimado por sentencia de 25 de febrero de 2022 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5. Contra dicha sentencia, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria recurrió en apelación, recurso que fue estimado por la referida sentencia de la Audiencia Nacional. La sentencia señala que es «norma general que los contratos deben cumplirse a tenor de sus cláusulas», pero también que «el órgano de contratación ostenta, entre otras prerrogativas, la de … modificarlos por razones de interés público, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley», y, tras esgrimir el art. 205.2.b) LCSP y los arts. 219 y 222, sobre los acuerdos marco y su modificación, concluye que, ante la solicitud de minoración de una de las empresas, previos los informes preceptivos, «y tratándose de una circunstancia sobrevenida no previsible, la Administración tenía la potestad y el deber de ajustar los precios a la baja, en observancia del principio de integridad y de una eficiente utilización de los fondos, que se recoge en el artículo 1 de la LCSP. Resultando palmario el interés público que preside la minoración de precios unitarios del material sanitario que hubo de adquirir mediante tramitación de emergencia, ante la inminente necesidad de provisión de material y productos de protección e higiene frente a la pandemia; siendo de general conocimiento la escasez de mascarillas –y de otros productos– durante los primeros meses, incluso en el ámbito sanitario, los precios de las mismas en el mercado minorista y cómo, a medida que pasaron unos meses, la venta se normalizó y los precios bajaron notablemente. Este hecho es notorio y no requiere de prueba» (FD 5). Carrillo Donaire (2022), comentando esta sentencia destaca que «la ponderación de intereses en este caso no es la misma que operaría en un supuesto de reequilibrio donde el perjudicado fuese el contratista que soporta la subida sobrevenida e imprevista del precio de los materiales, pues aquí hay un elemento diferencial muy relevante, que reside en el innegable interés público en la eficiente utilización de los fondos públicos que contribuye, a su vez, a la estabilidad presupuestaria y al control y reducción del gasto público, por lo que debe ponerse en cuarentena esta singular resolución que sitúa el debate en si la aplicación del art. 205.2.b) LCSP requiere o no que la modificación del precio guarde una directa relación con la alteración de las prestaciones del contrato. En mi opinión, la sentencia (y antes la Administración) debería haber demostrado debidamente que se ha producido una excesiva onerosidad para la Administración como consecuencia de la alteración imprevisible de las circunstancias, sin que resulte suficiente esa genérica invocación al interés público que supone la garantía del principio de integridad y la utilización eficiente de los fondos públicos. Y, en cualquier caso, si la aparición de circunstancias imprevisibles efectivamente produjera una excesiva onerosidad y se considerara de aplicación dicho precepto (lo que plantea los problemas ya referidos), la solución tendría que ser la misma si fuera el contratista el perjudicado, pues, aunque la ponderación de intereses no sería la misma (ya que los intereses concurrentes serían diferentes), en la ponderación aparecería ahora un interés diferencial muy relevante a favor del reequilibrio mediante la modificación (al alza) del precio: la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público (en el caso, la necesidad de asegurar el suministro de las mascarillas).

[46] El dictamen del Consejo de Estado núm. 660/2014, de 17 de diciembre, afirma que «nadie o casi nadie duda hoy de que, una vez perfeccionado el contrato, si las circunstancias económicas se alteran radicalmente, se debe resolver o modificar el contrato. Se discute el fundamento conceptual con el que hacerlo». Por su parte, Los informes núms. 10/2021, de 29 de noviembre, de la Junta

6. EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO POR RIESGO IMPREVISIBLE

El riesgo imprevisible guarda muchas similitudes con la cláusula *rebus sic stantibus* propia del Derecho civil, al punto que a veces se equiparan o confunden[47]. Pero la cláusula *rebus* no constituye el fundamento del riesgo imprevisible, sino que ambas figuras tienen como fundamento común la buena fe contractual[48]. En el riesgo imprevisible concurre, sin embargo, un fundamento adicional: la necesidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos, por lo que su aplicación puede ser menos restrictiva y excepcional que la de la *rebus* y, en consecuencia, más garantista para el contratista. Además, aunque sus requisitos sean similares, las consecuencias de una y otra técnica no siempre coinciden, ya que la aplicación de la cláusula *rebus* no sólo conduce al restablecimiento del equilibrio de las prestaciones, sino también, en ocasiones, a una extinción de la relación contractual[49].

El riesgo imprevisible alude a la aparición sobrevenida de circunstancias que no podían ser razonablemente previstas por las partes en el momento de celebrar el contrato, las cuales provocan una grave alteración de su equilibrio económico ocasionando a una de las partes una excesiva onerosidad, normalmente, al contratista. En tal caso, procede el reequilibrio del contrato (o cierto reequilibrio: el necesario para volver al alea normal de contrato y retornar de nuevo a las lindes del riesgo y ventura) mediante una compensación parcial al contratista para, de ese modo, asegurar la continuidad de los servicios públicos o, por decirlo en los términos de la LCSP, los fines públicos institucionales que con los contratos tratan de realizarse (art. 1.2).

La teoría del riesgo imprevisible en la contratación administrativa nació, precisamente, como consecuencia del fuerte incremento del precio de determinadas materias primas en Europa durante la I Guerra Mundial y fue consagrada, como es bien sabido, por el Consejo de Estado francés en el famoso *arrêt Gaz de Bordeaux*, de 30 de marzo de 1916[50]. En nuestro país, la teoría del riesgo imprevisible fue recogida por el RSCL [arts.127.2.2.b) y 152.3] y posteriormente, en Cataluña, por el ROAS (arts. 249 y 250).

En la actualidad, las Directivas de contratación (considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y 76 de la Directiva 214/23/UE) aluden al riesgo imprevisible en los siguientes términos:

> «Los poderes adjudicadores pueden encontrarse con circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso, hace falta cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleadas en la preparación de la adjudicación y su valor previsible».

La LCSP no ha consagrado expresamente, sin embargo, el derecho a una compensación por riesgo imprevisible, por lo que se trata de una figura de creación eminentemente jurisprudencial y doctrinal[51].

En cualquier caso, no, por ello, deja de tener apoyo normativo en principios como los de equidad, buena fe contractual y, sobre todo, como siempre se ha entendido desde su surgimiento, en el principio de conti-

---

Consultiva de Contratación de Castilla-La Mancha, 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, y 5/2022, de 18 de noviembre, de la Junta de Contratación Pública de Navarra, consideran que en la situación actual no cabe descartar la teoría del riesgo imprevisible, y añaden que hay que estar a las circunstancias de cada contrato y que ha de ser el órgano de contratación el que las valore. En la doctrina, para la situación de pandemia, Carlón Ruiz (2021, p. 38-39).

47 Sobre la cláusula *rebus*, *vid*. De Amunátegui Rodríguez (2003), así como los trabajos más recientes de Parra Lucán (2015) y de Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021), con un exhaustivo estudio de Derecho comparado y de los intentos de incluir dicha cláusula en el Código Civil y en el Código Mercantil.

48 Niega que el fundamento del riesgo del riesgo imprevisible sea la cláusula *rebus sic stantibus*, Rebollo Puig (1995, p. 143), que recuerda las críticas que ya hicieron a esa tesis Hauriou y Fernández de Velasco.

49 Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, p. 512 y ss.).

50 Puede consultarse en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2

51 El Código Civil tampoco contiene una referencia expresa a la cláusula *rebus* o una disposición general sobre la revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. Aunque hay proyectos en marcha para su codificación [que pueden verse en Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, pp. 503-508)], muchos autores se oponen a su consagración normativa y alguno, incluso, considera que la mejor formulación legal de la *rebus* es la que no existe (Carrasco Perera, 2017, p. 977).

nuidad de los servicios públicos (entendida esta expresión en sentido amplio)[52]. También podría apoyarse (materialmente) en el propio art. 205.2.b) LCSP, pues, aunque este precepto se interpretara en el sentido de que sólo justifica una modificación de las prestaciones del contratista, deja abierto el problema de por qué la aparición de circunstancias imprevisibles justifican una tal modificación y no una compensación para restablecer el equilibrio económico del contrato cuando esas circunstancias suponen una excesiva onerosidad para el contratista que rompe por completo el equilibrio de las prestaciones y pone en peligro la ejecución misma del contrato.

Nuestra legislación de contratos, como hizo el RSCL, debería hacer una referencia expresa al reequilibrio por riesgo imprevisible. No sólo porque su consagración explícita (que está al servicio, no se olvide, de la conservación del contrato y de la continuidad del servicio a que sirve) dotaría de una mayor certidumbre y previsibilidad al régimen contractual y evitaría los problemas de delimitación con el *ius variandi*, sino también porque, de ese modo, la Administración contratante, que en ocasiones es consciente del problema y quiere resolverlo, no vería en el silencio de la LCSP un obstáculo insalvable a su aplicación desde la perspectiva del principio de legalidad (en su vertiente de vinculación positiva) que debe regir toda su actuación[53].

Con todo, la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible no es puro voluntarismo o creación libre del Derecho, pues en nuestro ordenamiento jurídico hay fundamentos para defender su vigencia y aplicación. La Administración no puede desentenderse por completo del contrato público y esgrimir que la excesiva onerosidad por la aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles es un riesgo que ha de asumir el contratista, pues esa solución, además de rigorista, formal y contraria a la buena fe contractual, pugna frontalmente con los propios fines institucionales de carácter público que, a través de los contratos, tratan de realizarse (art. 1.2 LCSP). Estos fines quedarían seriamente dañados si se interrumpiera la ejecución de la obra, la realización del suministro o la prestación del servicio, por lo que se hace necesaria la búsqueda de una solución que asegure su continuidad[54]. El contratista puede perder, incluso, todos sus beneficios expectantes y hasta tener ciertas pérdidas (es decir, tiene que asumir todo lo que engloba el factor de riesgo y ventura que implica todo contrato), pero no hasta el punto de que una excesiva onerosidad ponga en peligro el contrato, porque la necesidad de garantizar su ejecución compete a la Administración que, por eso, tiene que acudir en su ayuda compartiendo con él los riesgos extraordinarios que de forma imprevista se hayan materializado, aunque sea por causas también ajenas a su voluntad.

---

[52] La jurisprudencia y el Consejo de Estado también suelen esgrimir como fundamento la prohibición de enriquecimiento injusto, pero, como ha señalado Rebollo Puig (1995, pp. 155-156) respecto de todas las técnicas utilizadas para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, con esa forma de razonar se incurre en un círculo vicioso, pues el enriquecimiento se considera injusto porque se parte de que debe haber un cierto equilibrio de las prestaciones que se ha roto en un caso concreto, y, a la vez, la exigencia de ese equilibrio se fundamenta en la prohibición de enriquecimiento injusto; así, añade, si en un determinado caso se considera que el desequilibrio producido entra dentro del riesgo y ventura del contratista, el enriquecimiento de la Administración no se califica de injusto o sin causa, mientras que si se llega a considerar que no está incluido en el riesgo del contratista, entonces se afirmará que la no modificación de las contraprestaciones económicas produciría un enriquecimiento injusto. Por ello, concluye, «lo único verdaderamente relevante es decidir hasta dónde llega el principio de riesgo y ventura y dónde comienzan las exigencias del equilibrio económico del contrato», una vez resuelto lo cual, si triunfa la necesidad de reequilibrio, no tiene sentido ya introducir el enriquecimiento injusto. En sentido similar, compartiendo dicha crítica, Fernández Farreres (2021, pp. 69-70).

[53] En Francia, el *Code de la Commande publique*, reconoce expresamente el derecho a la compensación por riesgo imprevisible y lo diferencia del *ius variandi*. Su art. 6.3 dispone que: «Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité», mientras que el apartado 4 añade que: «L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat». En Italia, el proyecto de Decreto legislativo por el que se aprueba el código de los contratos públicos, también diferencia claramente ambas figuras. El art. 120 se refiere a la modificación de los contratos en curso de ejecución, mientras que antes, el art. 9, que consagra expresamente el principio de conservación del equilibrio contractual dispone en sus dos primeros apartados lo siguiente: «1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta. 2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza económica […]». Puede consultarse en https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2022_0078.pdf

[54] Como ha señalado la doctrina más autorizada, todos los contratos públicos están impregnados de una idea esencialmente finalista que preside su cumplimiento y ejecución, pues lo que con ellos se persigue es satisfacer el interés público y si para ello es preciso adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, la adaptación es obligada. García de Enterría y Fernández Rodríguez (2020, p. 782). *Vid.* también, entre otros, Villar Palasí y Villar Ezcurra (2004, p. 553).

La vigencia y aplicabilidad del riesgo imprevisible se infiere, en consecuencia, de la propia regulación institucional de los contratos públicos y ha sido afirmada reiteradamente por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la doctrina del Consejo de Estado, aunque de forma muy restrictiva y no siempre con un fundamento claro y unívoco.

Nuestro Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que el riesgo imprevisible es una de las excepciones al riesgo y ventura del contratista:

> «es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues se sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2 CC) y de buena fe (art. 7.1 CC) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública»[55].

La teoría del riesgo imprevisible como causa que justifica el reequilibrio económico de los contratos públicos también ha sido aplicada por el Consejo de Estado. Entre sus dictámenes más recientes, cabe destacar los núms. 93/2019, de 28 de febrero, y 243/2019, de 11 de abril, en los cuales reconoce el derecho del concesionario de una obra pública al restablecimiento del equilibrio económico con apoyo en esta argumentación:

> «la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (*bouleversement*, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919)».

También los Tribunales Superiores de Justicia aplican el riesgo imprevisible para mantener el equilibrio económico del contrato, como puede verse, por ejemplo, en la sentencia núm. 16/2020, de 24 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos), que considera que el desmantelamiento de un Hospital en Burgos y su impacto en el aparcamiento de automóviles adjudicado por el Ayuntamiento no es un supuesto de *factum principis* (ya que se trata de una Administración ajena al contrato), pero sí de riesgo imprevisible, por lo que el concesionario «tiene derecho al reequilibrio económico-financiero de la concesión alterado como consecuencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en relación con el cierre del Hospital General Yagüe»[56].

En sentido similar, se pronunció la sentencia núm. 792/2017, de 21 de julio, del Tribunal Superior de Justica de Valencia, que reconoció el derecho al restablecimiento económico de una concesión del servicio de vigilancia, seguridad y protección de los centros públicos sanitarios de la Comunidad Valenciana, que sufrió una alteración de su régimen económico laboral en virtud del Real Decreto-ley 16/2013, de medidas para favorecer la contratación y mejorar la empleabilidad de los trabajadores:

> «En el presente caso cabe estimar que han concurrido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de solicitarse la revisión de precios, en tanto que ha habido unos incrementos de costes de personal totalmente ajenos a la entidad contratista en el momento de concursar y proponer su oferta económica, en cuanto derivados de una ley especial, que implicaba una subida de las bases de cotización, que la empresa no pudo considerar en el momento de formular la oferta, en la que no se tomaba en cuenta tales incrementos de costes, por lo que no debe estarse al principio de riesgo y ventura del contratista»[57].

Entre las sentencias dictadas por los Juzgados, puede destacarse la núm. 258/2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo, de 11 de diciembre, que recoge diversas sentencias del Tribunal

---

[55] SSTS de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809), de 4 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:952), de 6 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:5401:2015), entre otras muchas.

[56] ECLI:ES:TSJCL:2020:418, FD 2.

[57] ECLI:ES:TSJCV:2017:6442, FD 4.

Supremo e informes de las Juntas Consultivas de Contratación que predican el riesgo imprevisible de los contratos de servicios, aunque finalmente desestima el recurso porque «un sobrecoste respecto al previsto de tan pequeña magnitud como el alegado no representa una quiebra de la conmutatividad del contrato, y tampoco su compensación es necesaria para garantizar la viabilidad del mismo» (FJ 5). También merece ser citada por su claridad, la sentencia núm. 143/2022, de 21 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao, que alude a alguna de las anteriores y reconoce el derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión de la explotación de los aparcamientos de Getxo en aplicación de la teoría del riesgo imprevisible (FD 7), y, además, contiene importantes precisiones, también, sobre hasta qué momento (procesal) puede pedirse la compensación de reequilibrio económico por riesgo imprevisible (FD 9).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la teoría del riesgo imprevisible tiene un carácter restrictivo y subsidiario o residual, pues, según ha declarado el Tribunal Supremo, el riesgo y ventura sólo cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias de tal índole que quiebre el equilibrio económico financiero contractual por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante la revisión de precios cuando así esté pactada y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales, todo ello conjuntamente[58]. Conviene, pues, analizar todos estos requisitos.

7. LOS REQUISITOS DEL RIESGO IMPREVISIBLE

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado han señalado que los requisitos que han de concurrir para que estemos ante un situación de riesgo imprevisible y proceda el restablecimiento del equilibrio contractual que se haya visto alterado son los siguientes: un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias en el momento de ejecutar el contrato respecto de las que se tuvieron en cuenta al celebrarlo; un aumento sustancial de la onerosidad de la prestación como consecuencia de la concurrencia de circunstancias extraordinarias y sobrevenidas; la permanencia o duración de la alteración sobrevenida y posibilidad de cumplimiento del contrato; y la inexistencia de medios alternativos para evitar o paliar el desequilibrio causado. Veamos el significado de cada uno de ellos por separado[59].

i) Alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias en el momento de ejecutar el contrato respecto de las que se tuvieron en cuenta cuando se celebró.

La alteración del equilibrio económico-financiero del contrato debe derivar de un cambio de circunstancias imprevisible. Si el hecho o circunstancia estaba previsto o resultaba previsible, se entiende que el contratista celebró el contrato asumiendo ese riesgo, esto es, sabiendo o debiendo saber que se podría producir esa circunstancia onerosa para él. Por tanto, se excluye el riesgo normal o inherente al contrato o el asumido de forma explícita o implícita.

La falta de previsión del riesgo no debe ser imputable al contratista. El Tribunal Supremo habla de riesgos que afecten gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables[60]. La imprevisibilidad ha de ir ligada no sólo a la capacidad de previsión, sino también a la obligación de prever, de modo que si el contratista se ve afectado por aquello que no previó, pero debería haber previsto, no podrá esgrimir el riesgo imprevisible[61].

La determinación del carácter imprevisible o no del hecho, como todo concepto jurídico indeterminado, se mueve en un amplio margen de apreciación, por lo que la jurisprudencia a veces es oscilante y hay que

---

[58] Así, por ejemplo, la STS de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2807) (FD único). Un estudio exhaustivo de la jurisprudencia sobre el riesgo imprevisible, que pone claramente de manifiesto su carácter restrictivo y hasta excepcional, en Amenós Álamo y Nieto Moreno (2012, pp. 119-142) y, sobre todo, con la jurisprudencia más reciente, en Fernández Farreres (2021, pp. 68-76). El panorama jurisprudencial recuerda, en cierto modo, al de la Sala Primera sobre la regla *rebus sic stantibus* que en los años setenta criticaba F. de Castro (1985, p. 319 y ss.), y respecto de la cual afirmaba que normalmente el Tribunal Supremo negaba la cláusula y, cuando la admitía, lo hacía en considerandos de sentencias cuyos fallos se apoyaban en que no concurrían los requisitos exigidos para su aplicación. La cita también en Parra Lucán (2015, p. 9).

[59] SSTS de 9 de diciembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7878), de 18 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1807), de 25 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1809), de 28 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:956) o de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2807), entre otras; Dictámenes del Consejo de Estado núms. 8/2003, de 13 de marzo, 1030/2015, de 21 de enero de 2016, 93/2019, de 28 de febrero, 243/2019, de 11 de abril, entre otros.

[60] STS de 30 de abril de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:2956).

[61] Así, respecto a la *rebus*, Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, p. 538).

estar al caso concreto. El Tribunal Supremo ha admitido ese carácter imprevisible, por ejemplo, cuando se ha producido un incremento considerable del número de usuarios del servicio de recogida de basuras en un municipio turístico, lo que provoca una mayor onerosidad en la ejecución del contrato: como la retribución del contratista no era a cargo de la tarifa de los usuarios, sino que consistía en un precio, el contratista ha de ser compensado económicamente por la Administración contratante[62]. También se ha reconocido el derecho al reequilibrio económico de una concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid-Toledo AP-41 por la falta de realización de la autovía Toledo a Córdoba (prevista en el Plan de infraestructuras y Transporte) porque dicha autovía tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, pues aquélla fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía[63].

En otras sentencias más recientes, el Tribunal Supremo no ha admitido, sin embargo, la aplicación al caso concreto del riesgo imprevisible, aunque, en realidad, no niega que la subida de precios pueda ser calificada como un hecho imprevisible que no pudo ser tenido en cuenta al tiempo de celebrarse el contrato. Al contario, lo admite, pero considera que, a la vista de las circunstancias del caso, no ha quedado acreditado que los aumentos hayan supuesto efectivamente una quiebra del equilibrio económico del contrato, ya que, aunque el incremento pudo determinar que el beneficio no alcanzara el margen calculado por el contratista, esta circunstancia no autoriza a concluir acerca de la situación «desproporcionadamente lesiva»[64]. Es decir, en tales casos el hecho es imprevisible, pero no hay una excesiva onerosidad, requisito éste esencial que paso a analizar.

ii) Aumento grave y sustancial de la onerosidad de la prestación como consecuencia de la concurrencia de las circunstancias extraordinarias y sobrevenidas.

La alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias debe producir una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las prestaciones del contratista. No es suficiente que éste sufra un quebranto en los beneficios que esperaba, sino que el menoscabo debe ser extraordinario o excesivamente oneroso. La mayor onerosidad forma parte del riesgo y ventura del contratista. Por eso, ha de tratarse de una ruptura completa del equilibrio contractual, una especial alteración de la economía del contrato que resulte desproporcionada, clara y evidente (y no imputable a las partes). El desequilibrio que debe acaecer es tal, en consecuencia, que la prestación económica de una de las partes se transforma en otra cuantitativamente diferente y, como dicen los civilistas a propósito de la cláusula *rebus*, la relación de conmutatividad inicial que existía entre las prestaciones se desvanece por completo, de modo que la equivalencia o proporción entre las prestaciones de las partes del contrato, tal y como había sido inicialmente prevista, se ve destruida o seriamente afectada[65].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que se «sobrepasen los límites normales de aleatoriedad que comporta toda licitación»[66]. Hay que tener en cuenta, no obstante, la indeterminación que pesa sobre la apreciación del riesgo y ventura que, como ha dicho la jurisprudencia, «no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, que se encuentra en función de su acusada –relevancia y significación– en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique»[67]. Por tanto, debe examinarse en cada caso si, en atención a las circunstancias de cada contrato en discusión, se puede concluir que se ha alterado o no de modo irrazonable y desproporcionado ese equilibrio contractual. Asimismo, la incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato, pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo[68].

---

62 STS de 1 de julio de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:5319).

63 STS de 16 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3125).

64 SSTS de 18 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1807), de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531), de 10 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6699), hasta llegar a la más reciente de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:TS:2020:2807). En los Tribunales Superiores de Justicia, entre otras muchas, STSJ La Rioja de 11 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJLR:2022:547),

65 Carrasco Perera (2017, p. 972) habla de un acontecimiento extraordinario e imprevisible sobrevenido durante la ejecución del contrato que hace la obligación del deudor excesivamente onerosa e irrazonablemente desproporcionada con la contraprestación que recibe de la otra parte (pág. 972). Parra Lucán (2015, p. 24), señala que se trata de alteraciones o desequilibrios que, de haberlos previsto, las partes no hubieran prestado su consentimiento (pág. 24). En parecidos términos, Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, p. 511).

66 SSTS de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531), y de 10 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6699).

67 SSTS de 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531).

68 STS 27 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6531).

La jurisprudencia también ha precisado que actualmente no existe una disposición legal que establezca los umbrales fijos para la entrada en juego del principio de riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como sí fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, al cifrarlo en el 2,5 del contrato[69]. La STS de 9 de marzo de 1999 ya señaló que «la doctrina del "riesgo imprevisible razonable", se construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se encuentra en función de su acusada "relevancia y significación" en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique»[70].

En cualquier caso, aunque no hay una definición legal de lo que constituye una «excesiva onerosidad», sí contamos con un concepto legal, que se puede tomar como criterio orientativo. Se trata del concepto de «extraordinaria onerosidad» que contempla el art. 270.4 LCSP, relativo al contrato de concesión de obras, y que reconoce el derecho del contratista a desistir del contrato cuando esa extraordinaria onerosidad derive de la aprobación de una disposición general de una Administración distinta a la contratante o de la obligación legal o contractual de incorporar avances técnicos que mejoren notoriamente las obras o su explotación. El precepto considera que se produce esa extraordinaria onerosidad para el concesionario cuando haya «un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión».

La excesiva onerosidad debe determinarse en atención a un análisis objetivo del cambio en la prestación y no en función de la dificultad subjetiva que entrañe para el contratista, y hay que referirla no a la prestación en sí misma considerada, sino a lo excesivamente gravosa que resulte en relación con la respectiva contraprestación, pues su razón de ser reside en el correcto equilibrio de las prestaciones entre las partes[71].

iii) Permanencia o duración de la alteración sobrevenida y posibilidad de cumplimiento del contrato.

El desequilibrio económico causado por la concurrencia de esas circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no debe ser episódico o puntual, sino que debe tener una cierta duración temporal, que la jurisprudencia, no obstante, no ha sabido precisar.

Por otro lado, si el contrato no puede cumplirse, ya no estaríamos ante un supuesto de riesgo imprevisible sino, si acaso, de fuerza mayor, aunque, como se ha visto, ésta no siempre determina la imposibilidad y resolución del contrato, sino que también da lugar, cuando cabe el cumplimiento contractual, al reequilibrio económico.

iv) Subsidiariedad o inexistencia de medios alternativos para evitar o paliar el desequilibrio causado.

Por último, el riesgo imprevisible requiere la inexistencia de técnicas de reequilibrio alternativas, pues si existen otros mecanismos legales o contractuales alternativos disponibles (como la responsabilidad por daños, la fuerza mayor, el *factum principis*, etc.), estos resultarán de aplicación preferente.

No obstante, es importante precisar, que la revisión de precios y la compensación por riesgo imprevisible son técnicas compatibles, pues la primera puede resultar insuficiente o todavía no resultar de aplicación (por ejemplo, porque el contrato no haya ejecutado el 20 por ciento de su importe ni hayan transcurrido dos años desde su formalización). La razón de esa compatibilidad es que la revisión de precios parte de las alteraciones que son previsibles: son riesgos previstos y ordenados o regulados. El riesgo imprevisible, sin embargo, parte de lo que no se puede prever. El art. 103.10 LCSP, relativo a la revisión de precios, dispone, por ello, que lo establecido en este precepto se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de la posibilidad de mantener el equilibrio económico en las circunstancias previstas en los arts. 270 y 290.

La STS de 27 de octubre de 2009, varias veces citada, en la línea ya indicada por otras anteriores, señala al respecto que:

> «cuando dicha figura de la "revisión de precios" deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que, el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para él mismo, el cual razonablemente no pudo precaver incluso

---

[69] STS de 6 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1805).

[70] ECLI:ES:TS:1999:1628.

[71] En este sentido, analizando los requisitos de la excesiva onerosidad en el *Codice Civile* italiano, Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, p. 538).

> empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudirse a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la "revisión de precios" es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes»[72].

Por tanto, cabe concluir, la excesiva onerosidad como consecuencia de un riesgo sobrevenido y por completo imprevisible no se encuentra dentro del alea normal del contrato, pues se trata de un riesgo anormal que no es encuadrable en el principio del riesgo y ventura del contratista. Es, en definitiva, un riesgo no asignado en el contrato a una de las partes, por lo que, si concurren los requisitos exigidos, la Administración debería compartirlo con el contratista compensándole parcialmente.

8. RIESGO IMPREVISIBLE, SITUACIONES DE CRISIS Y LEGISLACIÓN DE URGENCIA: EL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO, SOBRE REVISIÓN EXCEPCIONAL DE PRECIOS

Por último, y para concluir, es preciso abordar la cuestión de la aplicación del riesgo imprevisible en situaciones de crisis como la actual[73]. Los interrogantes que se plantean son, cuando menos, estos dos: si la teoría del riesgo imprevisible es la más apta para hacer frente a situaciones de crisis de extrema gravedad, y, en su caso, si su aplicación resulta compatible con la legislación de urgencia que eventualmente pueda aprobarse.

A propósito de la cláusula *rebus sic stantibus*, algunos civilistas han sostenido que no parece que dicha cláusula pueda erigirse en un instrumento de aplicación simple y generalizada a las numerosísimas relaciones contractuales que se están viendo afectadas por la crisis económica, pues se trata de un instrumento de precisión que opera en el seno de una concreta relación contractual que, por ello, carece del carácter sistémico y cuasi-mecánico que las dificultades macroeconómicas requieren; no es tampoco, se afirma, una herramienta ágil para proteger a quienes se vean seriamente afectados por la crisis, pues, en muchos casos, tendrán que aplicarla los tribunales, los cuáles carecen de la información necesaria para establecer los términos contractuales más ajustados a las exigencias del ciclo económico y su solución llegará tarde; además, la utilización de la cláusula para corregir los rigores de los ciclos económicos resulta contraria a dos de sus notas características, la subsidiariedad y la excepcionalidad, y sus perfiles, inciertos y poco precisos, requieren para su aplicación una exigente tarea de los jueces y tribunales. Por todo esto, concluyen que resultaría más adecuado acudir a la legislación de emergencia[74].

Es posible que también concurran estas mismas razones en el caso del riesgo imprevisible propio de la contratación pública. El tema requeriría un estudio más atento que ahora no es momento de abordar. Pero, aunque se considerara que para hacer frente a situaciones de crisis como la actual sería mejor acudir a la legislación de urgencia, ello no debería ser un obstáculo para que la legislación básica de contratos consagrara la teoría del riesgo imprevisible y el alcance de la contribución que la Administración debería afrontar para asegurar la obra o el servicio en tales casos[75].

De cualquier forma, lo que parece evidente es que la legislación de urgencia aprobada para hacer frente al desequilibrio generado en muchos contratos públicos por la crisis actual se apoya expresamente en la aparición sobrevenida de un riesgo que era imprevisible y que el contratista no ha de asumir en su integridad.

---

[72] ECLI:ES:TS:2009:6531.

[73] Santamaría Pastor (2021b, p. 93, pp. 96-97) considera que la ausencia de una alusión más explícita al riesgo imprevisible en nuestra legislación de contratos quizá resida, junto a la resistencia histórica a consagrar legislativamente situaciones de anomalía que pueden generar cargas indemnizatorias importantes para la hacienda, en la creencia de que en situaciones de crisis de extrema gravedad las medidas para hacerles frente deben ser adoptadas por una legislación singular de urgencia. Como se señala de inmediato en el texto, la cláusula *rebus* plantea un problema similar, tal y como puede verse en el magnífico trabajo, varias veces citado, de Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, p. 557), quienes concluyen que no es una fórmula apta para situaciones de emergencia.

[74] Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, pp. 557-565). En cualquier caso, como reconocen estos autores, no todos los civilistas son de la misma opinión. *Vid.*, por ejemplo, Orduña Moreno (2020).

[75] En este sentido, Santamaría Pastor (2021b, p. 97).

El Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo (cuyo título, innecesariamente largo y enrevesado, como todo lo relacionado con los contratos públicos, omito), prevé un sistema excepcional de revisión de precios, aunque, incomprensiblemente, sólo para los contratos de obras[76]. Un sistema excepcional que, como tal, se aparta de las previsiones sobre revisión de precios de la LCSP, pero que se fundamenta claramente en la teoría del riesgo imprevisible, como puede apreciarse con la simple lectura de su Exposición de Motivos[77].

En ella, se reconoce expresamente que las excepcionales circunstancias sociales y económicas que ha producido la pandemia y la guerra en Ucrania han repercutido de una manera directa y significativa en la ejecución de determinados contratos del sector público, pues, tras el descenso experimentado en 2020, los precios de las materias primas han subido con fuerza y de forma extraordinaria en 2021 en el contexto de la recuperación económica, lo que ha repercutido de manera intensa en los contratos de obras. Todo ello, añade:

> «ha tenido como consecuencia que la ejecución de un número significativo de contratos se haya dificultado notablemente, pues *los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente la economía de estos contratos por causa de un incremento extraordinario de ciertos costes, incremento que era imprevisible en el momento de la licitación y que excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público*» [la cursiva es mía].

Tras dicha afirmación, la Exposición de Motivos reconoce la insuficiencia del actual sistema de revisión de precios para hacer frente a ese grave problema, pues:

> «la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas obras *no es posible afrontarla con dicho mecanismo en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios, así como en aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20 % de su importe*» [la cursiva es mía].

Por ello, concluye, «ante esta circunstancia, notablemente perjudicial para el interés público subyacente en cualquier contrato del sector público», se ha considerado oportuno adoptar medidas urgentes y de carácter excepcional para permitir en estos supuestos una revisión excepcional de los precios.

Estas afirmaciones demuestran, a las claras, la vigencia en nuestro Derecho de la teoría del riesgo imprevisible y la necesidad de aplicarla, como válvula de escape, cuando sobrevienen circunstancias imprevisibles en el momento de la licitación que producen una grave onerosidad a una de las partes y se altera por completo la economía del contrato, pues, en otro caso, el propio interés público que subyace en todo contrato público se vería gravemente afectado. Como puede apreciarse, la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible se articula, precisamente, a través de una revisión excepcional de los precios del contrato, aun-

---

[76] Los preceptos del Real Decreto-ley 3/2022 que se ocupan del tema (arts. 6 a 10) tienen carácter básico (DF 1.ª), pero sólo se aplica al sector público estatal, si bien su art. 6.3 dispone que resultará aplicable a las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerdan. Al final, aunque algunas aprobaron sus propias normas sobre revisión excepcional de precios (incluso antes), todas las CC.AA han declarado su aplicación salvo Navarra, cuyas competencias en materia de contratos son más amplias que las del resto de CC.AA [art. 49.d) LORAFNA]. El referido Real Decreto-ley ha sido modificado posteriormente por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, que amplía la revisión a los contratos cuya adjudicación o formalización se publiquen en la plataforma de contratación del sector público en el período de un año desde la entrada en vigor del RD-ley 3/2022 (éste se limitaba a los contratos de obras en ejecución), y después por el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, que prevé la aplicación de la revisión excepcional de precios a los contratos de obras de duración inferior a doce meses y permite que mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se amplie la lista de materiales que justifican la revisión. Por su parte, la DA 2.ª de la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, introduce una regulación específica para la revisión excepcional de precios en los contratos de suministros de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y mantenimiento. Un estudio exhaustivo de todas estas normas y de las aprobadas por las CC.AA, en Bouso Darriba (2022, pp. 23-88).

[77] En relación a los arrendamientos de inmuebles afectos a actividades económicas, el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, se apoya en la cláusula *rebus*, pues señala en su preámbulo que las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 han provocado la suspensión o reducción de muchas actividades económicas, lo que puede afectar a la capacidad financiera de autónomos y pymes para cumplir sus obligaciones de pago de la renta de los locales en alquiler, por lo que, «ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las medidas contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual» (apartado II). Con posterioridad se aprobó el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, «como continuación y mejora del anterior», pero ya no alude en su preámbulo a la cláusula *rebus*.

que las exclusiones que contempla (no se compensa el incremento del coste de la energía) y las complejas fórmulas que establece están dando lugar a una escasa aplicación práctica[78].

Esta regulación excepcional sólo resulta aplicable a los contratos de obras, lo que nos lleva a la segunda de las cuestiones planteadas al comienzo de este apartado, que, a su vez, se puede desdoblar en dos[79]. En primer lugar, si la aprobación de esta legislación de urgencia para los contratos de obras excluye la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible al resto de contratos. Y, en segundo lugar, la de la compatibilidad de esa legislación con el riesgo imprevisible en los propios contratos de obras, esto es, si cabe aplicar también a tales contratos la teoría del riesgo imprevisible si la legislación de urgencia aprobada resulta insuficiente para restablecer su equilibrio económico.

En cuanto a lo primero, el que el referido Real Decreto-ley sólo incluya a los contratos de obras, y no a los de servicios y suministros y a las concesiones, no impide, en mi opinión, la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible a esos contratos si concurren los requisitos exigidos para ello[80]. De esa norma especial no puede inferirse que el desequilibrio económico que puedan presentar otros tipos contractuales no pueda restablecerse aplicando la técnica del riesgo imprevisible una vez concurran sus requisitos.

Primero, porque para llegar a semejante conclusión sería precisa una decisión clara y explícita que no se encuentra en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo. Segundo, porque la *ratio legis* que subyace en esta norma para el contrato de obras está igualmente presente en otros contratos públicos en los que también se ha producido «un incremento extraordinario de sus costes», que era «imprevisible en el momento de la licitación», que excede «del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar» y que «altera fuertemente la economía del contrato», lo que, si no se subsana mediante el reequilibrio económico, «resultará notablemente perjudicial para el interés público subyacente» en el contrato en cuestión, por utilizar las mismas expresiones que la propia Exposición de Motivos del referido Real Decreto-ley.

No hay ninguna razón jurídica para aplicar las medidas excepcionales de revisión de precios a los contratos de obras y no hacerlo a otros contratos públicos cuya economía también se ha visto fuertemente alterada como consecuencia del «alza extraordinaria del coste» de los medios materiales necesarios para su ejecución. Se trata de un supuesto de incoherencia y falta de razonabilidad del «legislador de urgencia» que ha sembrado el desconcierto entre los contratistas de servicios y suministros[81].

---

[78] La reciente Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública 1070/2022, de 8 de noviembre, ha tratado de paliar alguna de tales deficiencias, ya que aumenta la relación de materiales cuyo incremento de coste deberá tenerse en cuenta a efectos de la revisión excepcional de precios (BOE núm. 270, de 10 de noviembre). Pero esto es claramente insuficiente. Por eso, alguna de las enmiendas parlamentarias al referido Real Decreto-ley en su tramitación como ley, propone su extensión a todos los contratos públicos. Eso es, precisamente, lo que ha hecho nuestro vecino Portugal con una norma similar (Decreto-ley 36/2022, de 20 de mayo), que establece un régimen excepcional y temporal de revisión de precios de, prácticamente, todos los contratos públicos (cuyo incremento del coste represente al menos el 3 % de su precio y la tasa de variación interanual del coste sea igual o superior al 20 %), que se articula a través de un sencillo procedimiento: iniciación con la propuesta de revisión del contratista, plazo de 20 días para resolver y silencio positivo si la Administración no se pronuncia (puede consultarse en: https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/36-2022-183691731). Lo mismo ha hecho Francia con la Circular núm. 6374, de 29 de septiembre de 2022, de la Primera Ministra, sobre la ejecución de los contratos públicos en el contexto actual de aumento de algunas materias primas, que recoge la doctrina del Consejo de Estado francés (dictamen de 15 de septiembre de 2022), sobre la posibilidad de modificar las cláusulas económicas de los contratos y concesiones para compensar las consecuencias de los aumentos imprevisibles de los precios. Sobre estas dos medidas, vid. el completo estudio de Bouso Darriba (2022, p. 75 y ss.).

[79] El informe 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, niega la aplicación analógica del Real Decreto-ley 3/2022, a contratos diferentes al de obras. Disponible en: http://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/hacienda/dgpatrimonio/galeria/INFORME-6_2022-sobre-restablecimiento-economico-de-los-contratos-publicos-.pdf

[80] El informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, emitido en el expediente núm. 27/2022, parece entender lo contrario, pues concluye que si una Comunidad Autónoma decide aplicar el sistema excepcional de revisión de precios de Real Decreto-ley3/2022, de 1 de marzo, tiene que respetar las prescripciones básicas que establece el Estado en él, a lo que añade que «los principios de *pacta sunt servanda* y de "riesgo y ventura" deben ser aplicados con carácter general, sin que quepan más excepciones que las que contempla la normativa básica estatal» (https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2022/2022-027basico6rdl3-22.pdf). No creo que si una Comunidad Autónoma decide establecer un régimen de revisión más generoso que el previsto en dicho Real Decreto-ley se estén vulnerando unas bases que el propio Estado configura expresamente como disponibles. Por otra parte, las excepciones a la *lex contractus* y al riesgo y ventura del contratista no sólo están en la normativa básica que introduce esa norma de urgencia, sino también, y sobre todo, en la legislación general de contratación pública en la que, como ya se ha señalado, también se reconoce el riesgo imprevisible. Sobre la posibilidad acudir a la legislación general de contratos para solicitar el reequilibrio económico, aunque no resulte de aplicación el art. 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, *vid*. Gimeno Feliu (2020, p. 48); Tornos Más (2020, pp. 9-10); Guillén Caramés (2021, pp. 277-298).

[81] La insuficiencia de la respuesta dada por el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, ha sido destacada por numerosos autores. *Vid.*, entre otros, Gimeno Feliu (2022). Por ello, algunas CC.AA, como Aragón (Decreto-Ley 3/2022, de 6 de abril), Baleares (Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo) o Andalucía (Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril), han ampliado la revisión de precios a otros contratos.

La subsidiariedad que caracteriza al riesgo imprevisible apunta a la misma conclusión: si no hay otros mecanismos que permitan el reequilibrio del contrato (y aquí no los hay porque esa legislación de urgencia no se aplica a todos ellos) puede acudirse a la teoría del riesgo imprevisible para garantizar la continuidad del servicio público que, con tales contratos, pretende garantizarse.

La segunda cuestión que plantea esta legislación de urgencia es la de su compatibilidad con la aplicación autónoma del riesgo imprevisible cuando aquélla resulta insuficiente para restablecer el equilibrio económico. Podría entenderse que la legislación de urgencia reajusta ya la relación contractual de las obras con apoyo en el riesgo imprevisible, lo que excluiría, por tanto, un reequilibrio económico con el mismo fundamento[82]. Sin embargo, también puede considerarse que la legislación de urgencia ha establecido una protección mínima para los contratos de obras, lo que no excluye una protección mayor para esos mismos contratos (o los que no puedan acogerse a esa legislación) si, en el caso concreto de que se trate, se cumplen los requisitos del riesgo imprevisible[83].

9. CONCLUSIONES

1. El fuerte incremento de los costes de ejecución de los contratos públicos que se ha producido en los últimos dos años ha roto por completo el equilibrio económico de muchos de ellos, lo que excede del riesgo y ventura que asume todo contratista.

2. Ello ha planteado el problema de cuál es la técnica adecuada para hacer frente a ese fuerte incremento de los costes y restablecer el equilibrio contractual roto en numerosos contratos públicos. Una primera solución, que gozaría del apoyo explícito del Derecho positivo, consiste en modificar al alza el precio del contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 205.2.b) de la Ley de Contratos del Sector Público, que permite el ejercicio del *ius variandi* por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles como las que aquí parecen haber acaecido. Esta solución ha sido defendida por unos y negada por otros. Pero, en rigor, no hay obstáculos insalvables para su utilización, pues, ante circunstancias imprevisibles como las acaecidas, una modificación sólo del precio que no implique una alteración de su cuantía superior al del 50 % cumple el requisito de que la modificación derive de circunstancias que una Administración diligente no ha podido prever y, además, no supone una alteración de la naturaleza global del contrato (pues no se sustituyen las obras, los suministros o los servicios ni se modifica, con ello, el tipo de contrato), por lo que se cumplirían las tres condiciones que, para ejercer el *ius variandi*, exige dicho precepto en su estricta literalidad.

3. En cualquier caso, esa no es la única solución que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para restablecer el equilibrio económico de los contratos públicos en situaciones como la actual, pues también cabe solicitar una compensación por riesgo imprevisible, figura que guarda muchas similitudes con la denominada cláusula *rebus sic stantibus* propia del Derecho civil. Se trata de la aparición sobrevenida de circunstancias que no podían ser razonablemente previstas por las partes en el momento de celebrar el contrato que provocan una grave alteración de su equilibrio económico ocasionando a una de ellas una excesiva onerosidad, normalmente al contratista. En tales casos, la Administración no puede desentenderse por completo del contrato público y esgrimir que esa excesiva onerosidad forma parte del riesgo y ventura que asume el contratista, pues esa solución, además de contraria a la buena fe contractual, pugna frontalmente con los propios fines institucionales de carácter público que a través de los contratos se tratan de realizar, fines que quedarían seriamente dañados si se interrumpiera la ejecución de la obra, la realización del suministro o la prestación del servicio, por lo que es preciso buscar una solución que asegure su continuidad, que pasa porque la Administración compense al contratista.

4. Es cierto que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo, sobre todo en los últimos años, han sujetado a requisitos muy estrictos la aplicación del riesgo imprevisible en la contratación

---

[82] Es lo que entiende el citado informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía. En el mismo sentido, respecto de la aplicación de la cláusula *rebus* a los contratos de arrendamiento afectados por la situación generada por la pandemia, Carrasco Perera (2021, p. 6); Gómez Pomar y Alti Sánchez-Aguilera (2021, p. 566).

[83] En este sentido, respecto de la cláusula *rebus* y los contratos de arrendamientos a que se refiere el Real Decreto-ley 15/2020, Pantaleón Prieto (2020), para quien esa regulación de urgencia refleja una lógica retributiva de ayuda a los arrendamientos típicamente más débiles, que es extraña a la lógica de justicia o equidad conmutativa característica de la cláusula *rebus sic stantibus*. Si bien, añade que no hay que llevarse a engaño y que, salvo que las características del caso difieran palmariamente de las que contempla el Real Decreto-ley, el tribunal no dejará de tener en cuenta que el legislador exigió a los arrendatarios una pérdida de al menos el 75 % de los ingresos y se limitó a concederles moratorias en el pago y no quitas.

pública, pero la prueba evidente de que es una técnica vigente y aplicable en nuestro ordenamiento reside en que la propia legislación de urgencia aprobada por el Gobierno para hacer frente al desequilibrio que la crisis actual ha provocado en los contratos se apoya claramente en ella, como puede leerse en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, sobre revisión excepcional de precios. Esta regulación excepcional sólo se ha aplicado, incomprensiblemente, a los contratos de obra, lo que ha sembrado el desconcierto entre los concesionarios y los contratistas de servicios y suministros, por lo que hubiera sido conveniente que, como se ha hecho en nuestras vecinas Francia y Portugal, las medidas se hubiesen aplicado a todos los contratos públicos.

5. La aprobación de dicha legislación de urgencia ha planteado, además, el problema de su compatibilidad con la posibilidad de utilizar el *ius variandi* o la teoría del riesgo imprevisible en aquellos contratos a los que dicha legislación no se aplica o, incluso, en los de obras cuando dicha legislación resulta insuficiente para restablecer el equilibrio económico roto. La respuesta, como se acaba de ver, es negativa en ambos casos. En el primero, porque la *ratio legis* que subyace en la legislación de urgencia aprobada para el contrato de obras también está presente en el resto de contratos públicos. En el segundo, porque cabe entender que dicha legislación establece una protección mínima para los contratos de obras, pero ello en modo alguno excluye una mayor protección para esos mismos contratos (o para lo que no han podido acogerse a esa legislación) si se cumplen los requisitos para modificar el precio o invocar la teoría del riesgo imprevisible.

En definitiva, caber concluir, la ausencia de una legislación de urgencia para hacer frente a situaciones de crisis como la actual no impide la aplicación del *ius variandi* o la teoría del riesgo imprevisible, y la aprobación de una legislación incoherente, insuficiente y parcial, como la que se ha aprobado, tampoco.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albi Cholbi, F. (1960). *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*. Aguilar.

Amenós Álamo, J. y Nieto Moreno, J. E. (2012): La languideciente vida de principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (156), 119-142.

Ariño Ortiz, G. (1968). *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. INAP.

Baño León, J. M. (2012). Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos. *Anuario del Gobierno Local*, (1), 141-151. Disponible en: https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1433/04_BANO_p141_151_Anuario_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Baño León, J. M. (2018). El «modificado» de los contratos. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi.

Bouso Darriba, G. (2021). Prórroga obligatoria y continuidad prestacional forzosa en los contratos públicos. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, (21), 125-168.

Bouso Darriba, G. (2022). Incremento extraordinario de precios y contratos públicos (2021-2022). un intento de recapitulación y algunas reflexiones. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, (23), 23-88.

Canales Gil, Á., Huerta Barajas, J. A., Canales Menés, P. y Huerta Mérida, C. (2022). *Aclaraciones a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico*. Boletín Oficial del Estado.

Carlón Ruiz, M. (2021). Los servicios públicos en tiempos de pandemia (o cómo mantener la esencialidad sin perder el equilibrio). *Revista General de Derecho Administrativo* (57). https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423816

Carrasco Perera, Á. (2017). *Derecho de contratos* (2.ª ed.). Aranzadi.

Carrasco Perera, Á. (2021). Gestión de las nuevas medidas anti-COVID-19 para el arrendamiento de locales de negocio (RDL 35/2020). *GA_P (Gómez Acebo & Pombo)*. Disponible en: https://www.ga-p.com/publicaciones/gestion-de-las-nuevas-medidas-anti-covid-19-para-arrendamientos-de-locales-de-negocio-rdl-35-2020/

Carrillo Donaire, J. A. (2022). ¿Es posible el reequilibrio del precio de los contratos por la vía de la modificación no prevista en el Pliego en casos de riesgo imprevisible? *Observatorio de Contratación Pública – ObCP*. Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/es-posible-el-reequilibrio-del-precio-de-los-contratos-por-la-de-la-modificacion-no

Codina García-Andrade, X. (2019). *La modificación de los contratos del sector público*. Boletín Oficial del Estado.

De Amunátegui Rodríguez, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch.

De Castro, F. (1985). *El negocio jurídico*. Civitas.

Fernández Farreres, G. (2021). La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos. *Revista de Administración Pública*, (216), 47-90. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.02

Fernández Farreres, G. (2022). *Sistema de Derecho Administrativo II* (6.ª ed.). Civitas.

Fernández Rodríguez, T. R. (2016). Los riesgos imprevistos en el contrato de obras. *Revista de Administración Pública*, (201), 203-217. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.201.08

Fonseca-Herrero Raimundo, A. J. (2021). La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones. *Revista de Administración Pública*, (216), 11-46. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.01

Gallego Córcoles, I. (2015). La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. En J. M. Gimeno Feliu, I. Gallego Córcoles, F. Hernández González y J. A. Moreno Molina, *Las nuevas Directivas de contratación pública* [número monográfico especial, X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo] (págs. 107-167). Aranzadi.

García de Enterría, E. (1950). Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, (2), 83-108. https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-2-mayoagosto-1950/riesgo-y-ventura-y-fuerza-mayor-en-el-contrato-administrativo-3

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2020). *Curso de Derecho Administrativo* (tomo I, 19.ª ed.). Civitas.

Guillén Caramés, J. (2021). El reequilibrio económico en las concesiones a raíz del COVID-19. En E. Ortega Burgos y F. Pastor Ruiz (dirs.), *Derecho Administrativo 2021* (págs. 277-298). Tirant lo Blanch.

Gimeno Feliu, J. M. (2014). *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Aranzadi.

Gimeno Feliu, J. M. (2020). La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (86-87), 42-53.

Gimeno Feliu, J. M. (2022). Riesgo y ventura del contrato público en tiempos de incertidumbre y la necesidad de garantizar el principio de «honesta equivalencia». *Observatorio de Contratación Pública – ObCP*. Disponible en https://www.obcp.es/opiniones/riesgo-y-ventura-del-contrato-publico-en-tiempos-de-incertidumbres-y-la-necesidad-de

Gómez Pomar, F. y Alti Sánchez-Aguilera, J. (2021). Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, (1/2021), 502-577. https://indret.com/clausula-rebus-sic-stantibus-viabilidad-y-oportunidad-de-su-codificacion-en-el-derecho-civil-espanol/

Lacruz Berdejo, J. L., Luna Serrano, A., Delgado Echevarría, J. y Rivero Hernández, F. (1987). *Elementos de Derecho Civil, II* (vol. 2, 2.ª ed.). Bosch.

Larenz, K. (1993). *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica* (traducción y presentación de Luís Díez-Picazo). Civitas.

Lavilla Rubira, J. J. (2018). Régimen jurídico de la concesión de obras. En J. M.ª Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (págs. 1415-1446). Thomson Reuters Aranzadi.

Lozano Cutanda, B. (2018). Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos públicos. En B. Lozano Cutanda e I. Calatayud Prats (coords.), *Nueva Ley de Contratos del Sector Público* (págs. 137-164). Lefebvre.

Martín-Retortillo Baquer, S. (1996). *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones* (2.ª ed.). Civitas.

Muñoz Machado, S. (2018). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIII Contratos del Sector Público* (2.ª ed.). Boletín Oficial del Estado.

Orduña Moreno, J. (2020). *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual*. Lefevre.

Pantaleón Prieto, F. (2023, 23 de abril). Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales. *Almacén de Derecho*. Disponible en https://almacendederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales

Parra Lucán, M. Á. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, (4/2015). https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1187_es.pdf

Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración*. Marcial Pons.

Sahún Pacheco, R. (2019). *Riesgo operacional y servicio público*. Boletín Oficial del Estado.

Sala Cantarell, A., Valdivia Poch, F. y Sesé Hernández, A. (2023). *Aspectos prácticos del reequilibrio económico de los contratos públicos. Anuario de Actualidad de la Contratación del 2022* (en prensa). Atelier.

Santamaría Pastor, J. A. (2018). *Principios de Derecho Administrativo General II* (5.ª ed.). Iustel.

Santamaría Pastor, J. A. (2021a). ¿Riesgo sin ventura? Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 y de 19 de febrero de 2020. *Revista de Administración Pública*, (214), 135-164. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.05

Santamaría Pastor, J. A. (2021b). Relación conclusiva. *Revista de Administración Pública*, (216), 91-98. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.03

Tornos Más, J. (2020). COVID-19, contratos concesionales y requilibrio económico. *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/covid-19-contratos-concesionales-y-reequilibrio-economico

Villar Palasí, J. L. y Villar Ezcurra, J. L. (1983). *Principios de Derecho Administrativo, Tomo III. Contratación Pública*. Universidad Complutense.

Villar Palasí, J. L. y Villar Ezcurra, J. L. (2004). El principio de riesgo y ventura. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (2.ª ed., pp. 525-559). Civitas.

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 12-01-2023
Modificado: 31-01-2023
Aceptado: 08-02-2023
Prepublicado: 17-03-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11167
Páginas: 125-147

Referencia: Bello Paredes, S. A. (2023). La despoblación en España: Balance de las políticas públicas implantadas y propuestas de futuro. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* , 19, 125-147. https://doi.org/10.24965/reala.11167

La despoblación en España: Balance de las políticas públicas implantadas y propuestas de futuro

Depopulation in Spain: Balance of the implemented public policies and proposals for the future

Bello Paredes, Santiago A.
Universidad de Burgos (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1324-0965
sbello@ubu.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo por la Universidad de Burgos. Secretario General de la Universidad de Burgos (2006-2008). Director del Instituto de Administración Pública de la Universidad de Burgos (2008-2009). Decano de la Facultad de Derecho desde 2016. Director de la Red Hispanoamericana de Derechos Humanos Francisco de Vitoria desde 2022. Líneas de investigación: derecho local; derecho nuclear y sostenibilidad energética; sociedad de la información y TIC; desarrollo sostenible. Autor de 50 libros/capítulos de libro, 36 artículos en revistas científicas indexadas, además de coordinador y director de diversos libros y obras colectivas.

RESUMEN

Este trabajo estudia la situación actual de la despoblación en España, en la que se destaca el envejecimiento de su población, la baja natalidad y la dificultad para garantizar la prestación de los servicios públicos, todo lo cual obliga a un replanteamiento de las políticas públicas para que conduzcan a una mayor cohesión territorial y, en definitiva, a ofrecer soluciones a estos territorios.

PALABRAS CLAVE

Despoblación; envejecimiento; natalidad; servicios públicos; cohesión territorial; España.

ABSTRACT

This work studies the current situation of depopulation in Spain, in which the aging of its population, the low birth rate and the difficulty in guaranteeing the provision of public services stand out, all of which require a rethinking of public policies so that lead to greater territorial cohesion and, ultimately, to offer solutions to these territories.

KEYWORDS

Depopulation; ageing; birth rate; public services; territorial cohesión; Spain.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA PATOLOGÍA DE LA DESPOBLACIÓN EN ESPAÑA Y EUROPA. 2. METODOLOGÍA: ESTUDIO DE LA TAXONOMÍA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DESPOBLACIÓN EN ESPAÑA. 2.1. LOS DIVERSOS INSTRUMENTOS DE ACTUACIÓN EMPLEADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA LUCHAR CONTRA LA DESPOBLACIÓN. 2.2. LAS CONCRETAS

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INTERVENCIÓN EN EL FENÓMENO DE LA DESPOBLACIÓN. 2.2.1. Las necesarias reformas legislativas. 2.2.2. La palanca del desarrollo rural. 3. PROPUESTAS DE FUTURO: LA DESPOBLACIÓN COMO RIESGO Y COMO OPORTUNIDAD. 3.1. RETOS Y OPORTUNIDADES EN LAS ZONAS DESPOBLADAS. 3.2. LAS AYUDAS Y SUBVENCIONES PÚBLICAS CON LA NECESARIA FINALIDAD DEMOGRÁFICA. 3.3. LA NORMATIVA CON DIMENSIÓN TERRITORIAL. 4. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN: LA PATOLOGÍA DE LA DESPOBLACIÓN EN ESPAÑA Y EUROPA

Comienzan a ser visibles las reflexiones jurídicas sobre la situación de la despoblación, ya sea en relación con una concreta región española[1] o dentro de una visión más general de lo que se ha venido en llamar la España despoblada[2]. La conclusión general de esos trabajos confirmaba la alarmante situación en la que se encuentra una buena parte del territorio de España que, de una forma más o menos acusada, se caracteriza por una baja densidad de población, un crecimiento vegetativo negativo, una alta tasa de envejecimiento y una diseminación de sus núcleos de población, todo lo cual conlleva a una actividad económica muy limitada en estos territorios y a una grave dificultad de garantizar la prestación de los servicios públicos a sus habitantes.

Esta situación desesperanzadora no debe quedar anclada sólo en la conciencia de la población que la sufre, sino que tiene una dimensión global que afecta a la propia gobernanza del país, pues lo que está en juego no solo es el futuro de estas comunidades locales o regionales sino también la propia configuración del nivel organizativo nacional.

Por ello, se deben elaborar y ejecutar estrategias políticas que supongan el empoderamiento de la población ubicada en los territorios despoblados, para conseguir, con medidas de discriminación positiva, reconducir esta alarmante situación poblacional hasta alcanzar un nivel mínimo que garantice su sostenibilidad.

Y este fenómeno no representa una situación nueva que haya aflorado sorpresivamente en este siglo XXI, sino que, por el contrario, es ahora cuando se ha visto reivindicada y empoderada como problema público emergente. No podemos obviar que la despoblación debe ser entendida como el resultado más evidente de un cambio estructural que ha actuado en el medio rural y que ha conducido a una reordenación –social y territorial– de una sociedad de fuerte componente urbano[3]. De esta forma, nos encontramos ante uno de los problemas más importantes, a medio y largo plazo, no sólo para España sino también para la Unión Europea (UE). En este sentido, diversos órganos de la UE vienen denunciando esta situación y requiriendo medidas conducentes a su reversión de una manera urgente y contundente.

Y es que en Europa también existe un fenómeno de despoblamiento de las zonas rurales, por ello no resulta extraño que desde la UE se haya venido reflexionando sobre esta situación con una finalidad prospectiva, como puede ser en el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones, de fecha 16 de junio de 2016, "La respuesta de la UE al reto demográfico"[4]. En este documento se realiza una descripción del cambio demográfico que ha venido desarrollándose en Europa, al que se califica como uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta la Unión Europea, con el envejecimiento de su población, la disminución del número de jóvenes y una baja tasa de natalidad[5].

Y es que, pese a la habilitación normativa contenida en el artículo 174 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el cual se establece que se prestará una especial atención a las zonas rurales,

---

[1] Bello Paredes (2020; 2022). Además, estos trabajos son consecuencia de las actividades de investigación derivadas del Convenio entre la Administración de la Comunidad de Castilla y León y las Universidades de Burgos, León, Valladolid y Salamanca, suscrito en fecha 31 de agosto de 2021, para la realización de actividades de dinamización demográfica en Castilla y León durante el periodo 2021-2024 y con una dotación de 240.000 euros.

[2] López Ramón (2019), Velasco Caballero (2022), García-Moreno Rodríguez (2019), Santiago Iglesias et al. (2021), Sanz Larruga y Míguez Macho (2021), Domínguez Álvarez (2021).

[3] Baraja et al. (2021, p. 154).

[4] *DOUE* de 18 de enero de 2017, 2017/C 017/08.

[5] Apartado 1. Hay que apuntar, además, en este ámbito de la demografía que, desde el año 2000, el crecimiento poblacional de Europa ha sido muy modesto en comparación con los 50 años anteriores: en torno al 0,5 % anual. En 2014, doce Estados miembros experimentaron pérdidas de población, mientras que en dieciséis se dio un leve crecimiento. Existen importantes diferencias entre el Este y el Oeste de Europa y también, aunque en menor medida, entre el Norte y el Sur. Incluso dentro de un mismo Estado son frecuentes las desigualdades regionales. En particular, se aprecia un patrón global de mayor crecimiento en las áreas urbanas que en las rurales en la mayoría de los países europeos. Las áreas rurales remotas experimentan desafíos demográficos en todo el continente. La reciente crisis económica ha acentuado la polarización de tendencias tanto a nivel europeo como nacional, así como los desafíos de pérdida de población a nivel regional, apartado 3 de este Dictamen.

a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes[6], las respuestas que han llegado desde la UE han carecido de la suficiente eficacia para revertir esta situación.

Por eso en el citado Dictamen se concluye la necesidad de una respuesta al cambio demográfico que incluya una visión amplia, coordinada e integradora, puesto que se trata de un tema transversal en el que se efectúe un especial énfasis sobre las siguientes líneas de acción[7]:

1. Priorizar la creación de oportunidades de apoyo y generación de vida para ayudar a atraer y retener población joven en todo el territorio.
2. Impulsar políticas favorables a la familia, en particular, mediante medidas que eliminen los obstáculos que desincentivan la paternidad y que contribuyan a aumentar la tasa de natalidad, incorporando la perspectiva de género.
3. Alentar la vida autónoma de las personas de edad avanzada, aumentando la esperanza de vida sana y reducir su dependencia.
4. Luchar contra la exclusión social que afrontan algunas capas de la población, así como implantar políticas de conciliación de la vida profesional y familiar.
5. Apoyar políticas de inmigración en los Estados miembros.

Y deberán ser las entidades locales y regionales las organizaciones territoriales que deben estar plenamente capacitadas para aplicar estas políticas de integración, incluidos los pequeños municipios de las zonas rurales[8].

Sin que puedan obviarse, como se resalta por la Comisión Europea[9], las consecuencias del cambio demográfico en Europa sobre el conjunto de su economía y sociedad, puesto que este cambio tiene repercusiones para el futuro de los sistemas sanitarios y de protección social, de los presupuestos y de las necesidades de vivienda e infraestructuras en este marco territorial europeo, por lo que, en definitiva, Europa tendrá que encontrar soluciones urgentes para garantizar su competitividad ante el descenso de su población en edad laboral.

En un ámbito interno, si nos centramos en analizar la situación en España, nos encontramos con amplios territorios afectados por la despoblación, así como por el envejecimiento de su población.

Dos datos significativos avalan esta afirmación. El primero es que, desde los años sesenta del siglo pasado, los 6.122 municipios españoles que han reducido su densidad demográfica han perdido 5,3 millones de habitantes y, en 2019, tres cuartas partes del territorio solo albergan una octava parte de la población, mientras que en 1960 acogían a un 35 %, en 1950 a un 40 % y en 1900 a un 50 %[10]. En cuanto al segundo referido al envejecimiento, este es consecuencia de la baja densidad de natalidad y de la emigración, dado que ha venido afectando al medio rural español desde finales de los años cincuenta, pues ha supuesto la salida de familias enteras y ha continuado con la pérdida de población joven en busca de trabajo en las ciudades más pobladas[11].

Si se analiza la evolución de la población en España desde 1900, se percibe un incremento sostenido en toda la secuencia 1900-2011, con la excepción de los periodos 1981-2001 en los que hubo un menor incremento de la población y, a partir de ese año 2011 un acusado descenso hasta tener un periodo intercensal 2011-2021 de un incremento poblacional de únicamente un porcentual del 0,41, debido fundamentalmente a la existencia de un emigración exterior que compensan el saldo vegetativo negativo que existe actualmente en España[12].

---

[6] Precepto que, actualmente, se encuentra desarrollado por el artículo 9 del Reglamento (UE) 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión, en el cual se establece que, de conformidad con el artículo 174 del TFUE, el FEDER se centrará especialmente en afrontar los retos de las zonas desfavorecidas, especialmente las zonas rurales y las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes. Existe una dificultad de métrica para su aplicación en España, pues los cálculos estadísticos para medir la despoblación que utiliza la Unión Europea, y en concreto Eurostat se realizan sobre una base territorial (las denominadas NUTS) de base supramunicipal, siendo las NUTS 3, que sería la categoría territorial más pequeña, las correspondientes a escala española con las provincias. Y es que el peso de la despoblación es mucho mayor a nivel municipal en su conjunto que a nivel provincial; esta discrepancia entre la forma de cálculo hace imposible la aplicación del artículo citado y, por ende, una de las líneas de subvenciones. Defensor del Pueblo (2021, pp. 846-847).

[7] Apartado 20.

[8] Apartado 27.

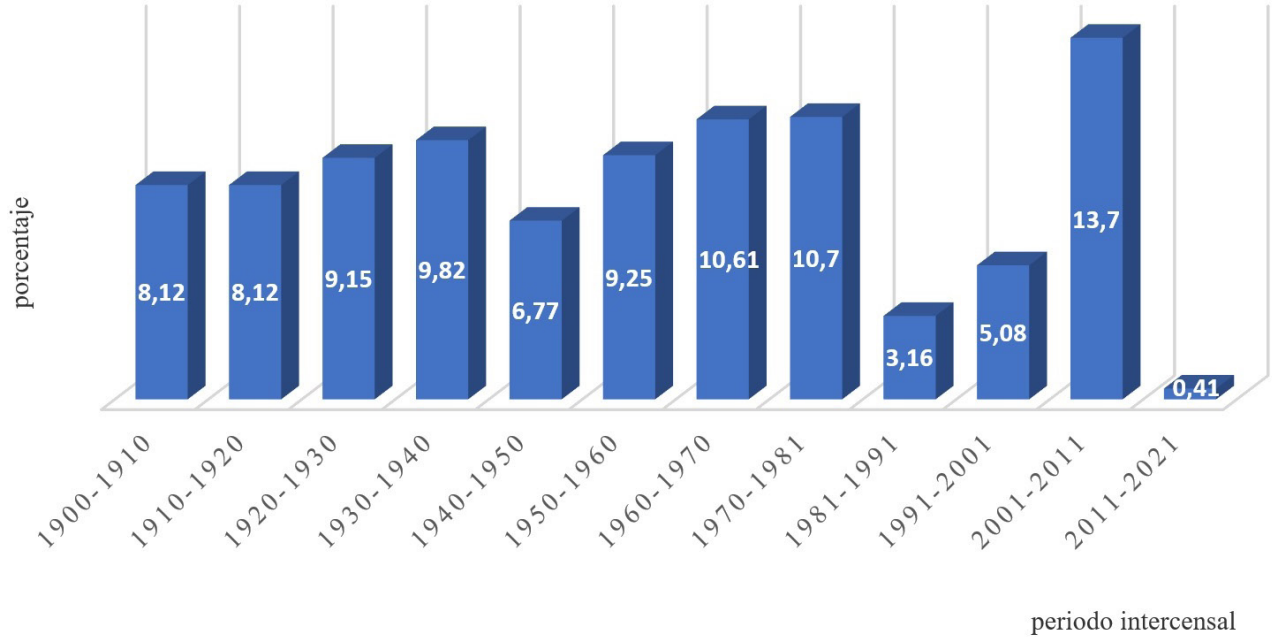
[9] Comisión Europea (2020).

[10] Molinero (2019, p. 21).

[11] Alario et al. (2018, p. 25).

[12] En relación a la evolución de la población en el año 2021, esta es de un 0,07 porcentual, mientras que la evolución en el primer semestre del año 2022 se ha incrementado en un 0,60, debido a un saldo vegetativo negativo de 75.409 personas (158.816 nacimientos, frente a 234.225 defunciones) que se ha visto compensado por un saldo migratorio de 258.547 personas (hubo 478.990 inmigraciones procedentes del extranjero y 220.443 emigraciones con destino al extranjero). INE (2022).

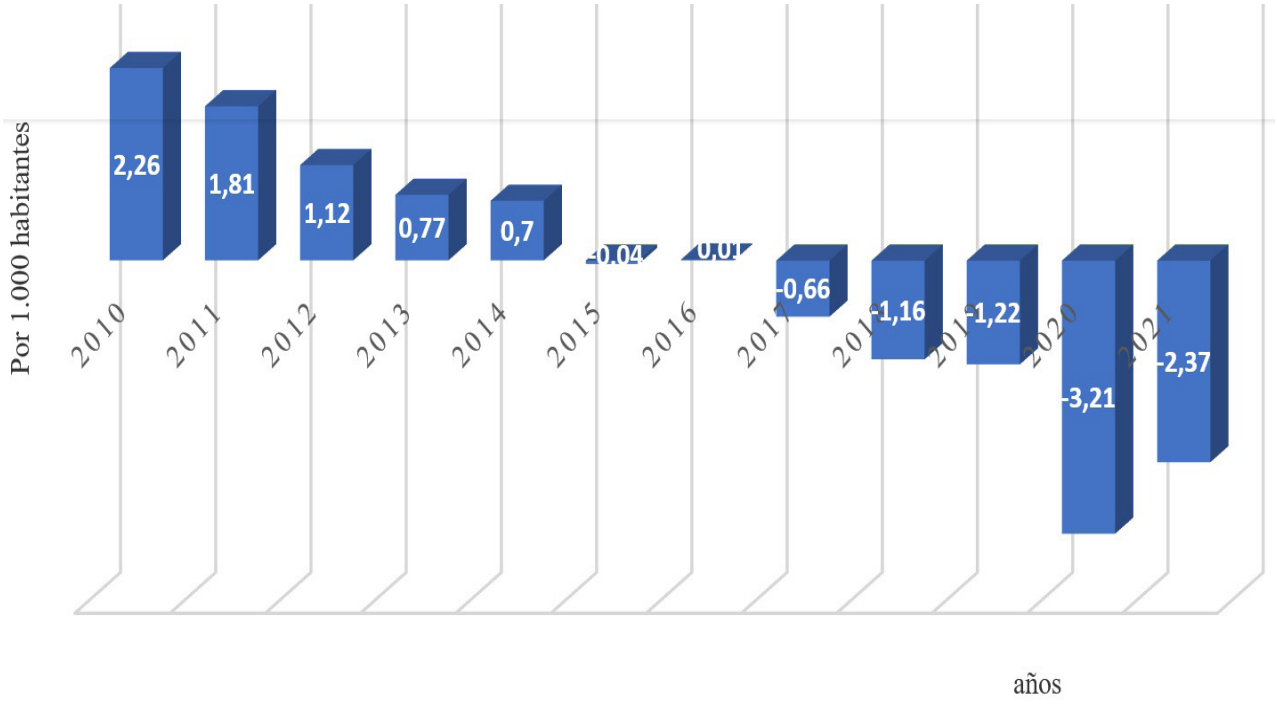
Figura 1. Evolución de los porcentajes de crecimiento de la población en España (1990-2021)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos INE Padrón Municipal de Habitantes 2022.

Si se estudia la evolución del saldo vegetativo en España (diferencia entre nacimientos y defunciones por mil habitantes), se puede comprobar como esta viene descendiendo de forma paulatina y constante desde el año 2011 al 2021, año este que se encuentra en un porcentual del –2,37.

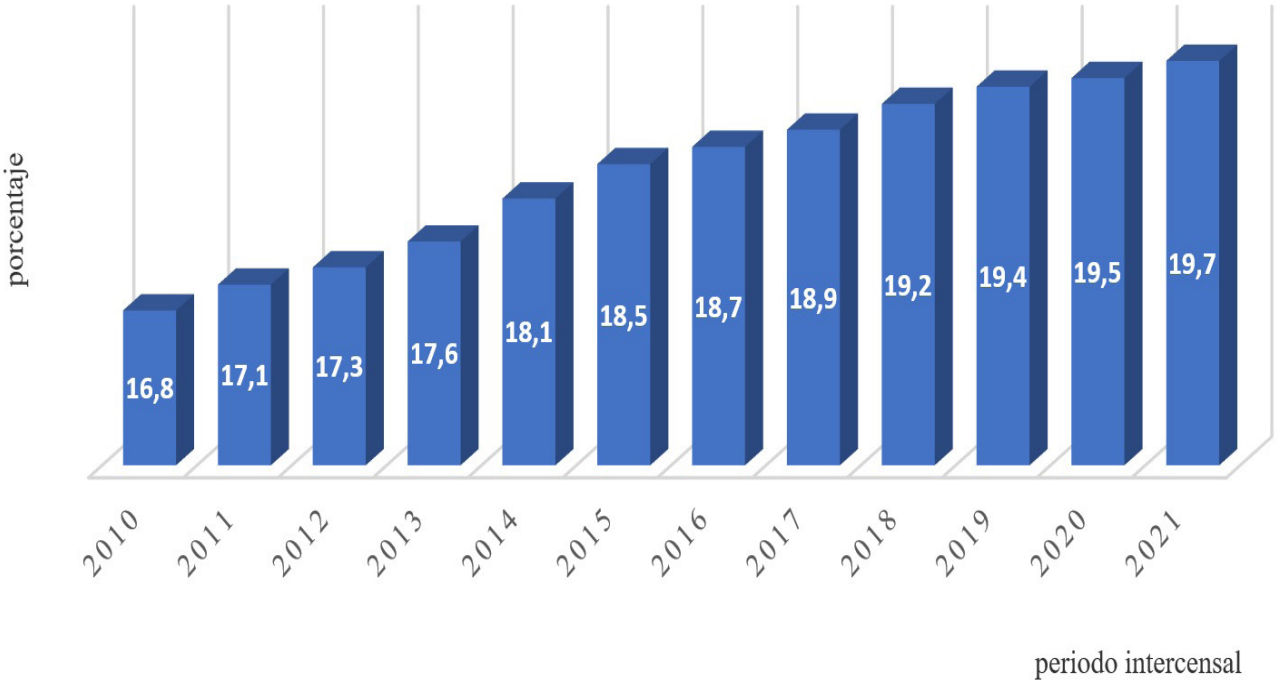
Figura 2. Evolución del saldo vegetativo en España (2010-2021)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos INE Padrón Municipal de Habitantes 2022.

Por último, en lo que se refiere a la evolución de las personas con una edad superior a los 65 años, podemos advertir que en los últimos 10 años se ha pasado de un porcentual de 16,8 al 19,7.

Figura 3. Evolución de la proporción de personas de más de 65 años en España (2010-2021)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos INE Padrón Municipal de Habitantes 2022.

Como ya hemos afirmado anteriormente, este problema no es exclusivo de España, sino que compartimos problemática, eso sí de una forma peligrosamente más acusada, con la Unión Europea. No debe sorprendernos que, según datos de Eurostat, está previsto que los mayores porcentajes de población en edad avanzada se alcancen en el este de Alemania, norte de España, Italia y algunas zonas de Finlandia.

Para el próximo año 2060, la proporción media prevista de personas de más de 65 años en la UE habrá aumentado del 17,1 % en 2008 al 30 %, llegando a los 151,5 millones de ancianos, mientras que los menores de 15 años representarán únicamente el 15 % de la población. El documento "Urban Europe statistics on cities, towns and suburbs", sugiere que una elevada proporción de población europea que está envejeciendo vive en ciudades y localidades relativamente pequeñas, mientras que los jóvenes son más proclives a vivir en barrios periféricos, en las proximidades de la capital o de otras grandes ciudades; todo lo cual conduce a un desequilibrio poblacional más[13].

Y la situación de España, en cuanto a su densidad de población por regiones (NUTS 2), en comparación con el resto de los integrantes de la Unión Europea nos ubica entre las de menor porcentual[14].

En lo que se refiere a la distribución de zonas rurales y urbanas en la UE, con los datos de Eurostat se pude afirmar que resulta evidente que el problema de la baja densidad de población se concentra en 4 Comunidades Autónomas españolas: Aragón (27,7), Castilla y León (25,7), Castilla-La Mancha (25,7) y Extremadura (26,1), y en algunas otras regiones de Francia (Limousin: 43, Auvergne: 52,5, Borgoña, 51,5 y Champagne-Ardenne, 51,7), Italia (Basilicata: 56,4 y Valle de Aosta: 38,8), Portugal (Alentejo: 22,8), Rumania (Vest: 55,9) Irlanda (Southern: 54,9, Northern an Western: 34,5), porque habría que excluir las regiones de Suecia e Islandia por sus especiales circunstancias climatológicas.

Y un apunte de naturaleza geopolítica que no puede pasar desapercibido, pues el cambio demográfico también puede repercutir en la posición de la UE entre las potencias del mundo, pues a medida que las nacio-

[13] Eurostat (2016).

[14] Pues como señala Molinero (2019, pp. 53-54), la densidad de población es una clave explicativa, frente a la que se debe responder con una jerarquización del poblamiento y de los servicios para que sean accesibles en tiempo razonable a todos los habitantes rurales.

nes de Europa reducen su vitalidad poblacional y su pujanza económica frente a otras economías emergentes, se acrecienta aún más la debilidad de aquella para competir con las sociedades emergentes y pone en riesgo el modelo de vida que Europa ha creado tras la segunda guerra mundial. Además, la fractura demográfica pude suponer una fuente de crispación social que puede conducir a la desafección política e, incluso, democrática[15].

A la vista de esta situación, no puede sorprendernos que en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la inversión de las tendencias demográficas en las regiones de la Unión mediante los instrumentos de la política de cohesión, aprobada en fecha 20 de mayo de 2021[16], se afirme la necesidad de la Comisión de proponer una estrategia sobre el cambio demográfico en base a los siguientes elementos principales: condiciones de empleo digno, equilibrio entre la vida profesional y privada, dimensión territorial de las políticas de promoción de la actividad económica y el empleo, prestación adecuada de servicios sociales de interés general en todos los territorios, un transporte público local eficaz y unos cuidados adecuados de las personas dependientes, prestando especial atención a las nuevas formas de trabajo y su impacto social[17].

Para lo cual, se insta a todas las autoridades públicas, es decir, a los Estados miembros y a las autoridades regionales para que apliquen un enfoque integrado para abordar los retos demográficos a través de los instrumentos de la política de cohesión. En consecuencia, estas entidades deberán proceder a la planificación y ejecución de la política de cohesión para el periodo 2021-2027, en especial sobre aquellos territorios del nivel NUTS 3 o las agrupaciones de unidades administrativas locales con una densidad de población inferior a 12,5 habitantes por km² o con un descenso medio de población anual superior al 1 % entre 2007 y 2017[18].

2. METODOLOGÍA: ESTUDIO DE LA TAXONOMÍA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DESPOBLACIÓN EN ESPAÑA

2.1. Los diversos instrumentos de actuación empleados por las administraciones públicas para luchar contra la despoblación

Antes de abordar un estudio de la taxonomía de las actuaciones, presentes y futuras, de las administraciones públicas con el objetivo de luchar contra la despoblación, dinamizando y desarrollando los territorios afectados por esta situación demográfica, tenemos que analizar el título competencial que habilita a estas para su intervención.

En primer lugar, la actividad pública objeto de este análisis se encuadra en la tipología del ejercicio de la potestad administrativa de planificación[19] en ámbitos competenciales tales como la ordenación del territorio o las diversas políticas sectoriales que garanticen la cohesión territorial.

En lo que se refiere al título competencial de la ordenación del territorio, en una dimensión estrictamente jurídico-administrativa[20], se ha avanzado de la mera determinación de procesos urbanísticos a una gestión integral del territorio[21], pues la ordenación territorial consiste en corregir los desequilibrios que provoca el espontáneo crecimiento económico[22].

---

15 Los efectos del cambio demográfico, Comisión Europea (2020, p. 32).

16 Parlamento Europeo (2021).

17 Apartado 33.

18 Apartado 37, y ello tal y como se configuraba en el punto 161 de las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020, *DOUE* C 209/1, de fecha 23 de julio de 2013.

19 La cual está indisociablemente unida, como técnica de intervención en la realidad, a la actividad política (Martín Retortillo, 1966, p. 121). Pues como sostienen Bermejo Vera y Fernández Farreres (1982, p. 130), esta tipología de potestad administrativa se ha convertido en el modelo por excelencia del sistema de ordenación programada en el ámbito de la actividad general de las administraciones públicas.

20 Pues como se establece en la Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada en fecha 23 de mayo de 1983, la ordenación del territorio es, a la vez, una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector.

21 Como se establece en la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia, Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje cuando, en su artículo 4, se determina que los poderes públicos promoverán la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos, mediante acciones que contribuyan al progreso, la cohesión económica y social, la conservación y el aprovechamiento eficiente de los recursos naturales, la promoción del patrimonio cultural, la calidad ambiental y la competitividad equilibrada del territorio valenciano tanto en el medio urbano como en el rural. En este mismo sentido, la legislación de la Comunidad Autónoma de Galicia, contenida en la más reciente Ley 1/2021, de 8 de enero, de ordenación del territorio de Galicia, establece que se entiende por ordenación del territorio el conjunto de criterios que regulen las actuaciones y los asentamientos sobre el territorio, a fin de conseguir una adecuada interrelación entre población, actividades, servicios e infraestructuras con el territorio gallego en que se implantan, coordinando las actuaciones sobre el territorio de los distintos órganos y diferentes administraciones públicas, artículo 2.

22 López Ramón (2019).

Y en el ámbito de la cohesión territorial, derivada de los principios constitucionales de solidaridad interterritorial (artículos 2, 138.1, 156.1 y 158 CE), supone en una dimensión económica la necesidad del aseguramiento de una equitativa distribución territorial de la riqueza nacional, para la corrección de los seculares desequilibrios entre las zonas prósperas y las zonas menos desarrolladas[23].

En definitiva, la patología de la despoblación supone la transgresión del principio constitucional de igualdad de trato consagrado en el artículo 14 CE, pues una parte de la población no puede acceder a los servicios públicos en unas condiciones de calidad óptima, por lo que la diversa actividad pública combatiendo este fenómeno demográfico está amparada en la consecución de este capital derecho fundamental[24].

Y dentro de esta pluralidad de intervenciones públicas, uno de sus problemas más acusados ha venido siendo la evidente descoordinación entre los instrumentos derivados de la ordenación del territorio y aquellos surgidos de la cohesión territorial o del desarrollo rural, que debieran estar integrados o, al menos, interrelacionados entre sí para poder realizar una actividad multinivel de planificación y gobernanza entre las diversas entidades políticas[25].

En este último ámbito de intervención pública, referida al desarrollo rural, nos encontramos con los denominados Planes de Desarrollo Rural Sostenible (PDR)[26], los cuales son un instrumento clave, tanto a nivel español como europeo, para la reactivación de aquellos territorios, calificados como rurales, en los cuales el fenómeno de la despoblación está profundamente arraigado.

La utilización de estos PDR, en cuanto a su concreción temporal en España, ha sido realizada tanto para el periodo temporal 2010-2014, como para 2014-2020 y, en términos cuantitativos, para el año 2022, se prevé una aportación de 158.210.005 euros[27].

Pero la importancia cuantitativa de los fondos, aplicados al desarrollo rural, tiene a la UE como la máxima aportante a través del Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEADER), que ha significado para España, en el periodo 2014-2020, la cantidad de 16.300.337.927 euros. Para el marco temporal 2021-2027, se ha establecido para este Fondo un presupuesto total de 95.500 millones de euros, que incluyen una aportación de 8.100 millones de euros de los Fondos "NextGenerationEU", contenidos en el Marco Financiero Plurianual (MFP) de la UE[28].

Otra tipología de esta actividad planificadora, en el ámbito de la lucha contra la despoblación, se encuentra contenida en una pluralidad de planes y programas, tanto estatales como autonómicos, que se perfilan como instrumentos públicos de intervención.

En el ámbito estatal, a través de la Comisión Delegada del Gobierno para el Reto Demográfico[29], se ha aprobado en fecha 15 de marzo de 2021 el Plan de Recuperación. 130 Medidas ante el Reto Demográfico[30].

---

[23] González Hernández (2004, p. 68). Y que ha tenido su plasmación, entre otras, en la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), la cual persigue garantizar el equilibrio económico para lo cual se deberá alcanzar el desarrollo armónico entre las diversas partes del territorio español y la garantía de un nivel base equivalente de financiación de los servicios públicos fundamentales, independientemente de la Comunidad Autónoma de residencia, artículo 2.1.

[24] Defensor del Pueblo (2019, p. 93), considera que esta situación genera una brecha de desigualdad que es incompatible con los principios constitucionales de equidad e igualdad en el acceso a los servicios públicos básicos. De ahí que considere que el problema de la despoblación es una cuestión de derechos y libertades, pues lo que está en debate es el principio mismo de igualdad con independencia del lugar de su domicilio.

[25] Míguez Macho (2020, p. 439), considera que tanto la legislación como los instrumentos de ordenación del territorio deberían incluir entre sus objetivos fundamentales el equilibrio demográfico territorial y, por tanto, la lucha contra la despoblación y la dinamización del medio rural; por otra parte los instrumentos de desarrollo rural tendrían que vincularse explícitamente a la ordenación del territorio y encuadrarse en las directrices generales y objetivos de esta.

[26] Que el artículo 5.1 Ley estatal 45/2007, de 13 de diciembre define como el instrumento principal para la planificación de la acción de la Administración General del Estado en relación con el medio rural, el cual se elaborará en coordinación con las Comunidades Autónomas y de acuerdo con las previsiones establecidas en esta Ley, y concretará los objetivos y planes y actuaciones sectoriales a desarrollar por dicha Administración y los que sean concertados con las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

[27] Aprobado en el Consejo de Ministros de fecha 12 de abril de 2022.

[28] Aprobado por el Reglamento (UE, EURATOM) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020, DOUE L 433 I/11, de 22 de diciembre.

[29] A través del Real Decreto 399/2020, de 25 de febrero, actualmente modificado por el Real Decreto 586/2021, de 20 de julio, se creó la Comisión Delegada del Gobierno para el Reto Demográfico con la siguiente composición, artículo 5.1: «a) La Vicepresidenta Tercera del Gobierno y Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, que la presidirá. b) La persona titular del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que ostentará la Vicepresidencia de la Comisión Delegada. c) La Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital; la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social, y las personas titulares de los Ministerios de Hacienda y Función Pública; del Interior; de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; de Educación y Formación Profesional; de Industria, Comercio y Turismo; de Política Territorial; de Cultura y Deporte; de Sanidad; de Derechos Sociales y Agenda 2030; de Ciencia e Innovación; de Igualdad; de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y de Universidades. d) Las personas titulares de las Secretarías de Estado de Política Territorial, de Medio Ambiente, y de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales».

[30] Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2021).

Este Plan queda vertebrado en diez ejes de acción con una batería de 130 medidas[31], y cuyo eje tercero promociona la cohesión social y territorial de España con los fondos europeos de recuperación, del siguiente tenor:

- Eje 1. Impulso de la transición ecológica.
- Eje 2. Transición digital y plena conectividad territorial.
- Eje 3. Desarrollo e innovación en el territorio.
- Eje 4. Impulso del turismo sostenible.
- Eje 5. Igualdad de derechos y oportunidades de las mujeres.
- Eje 6. Fomento del emprendimiento y de la actividad empresarial.
- Eje 7. Refuerzo de los servicios públicos e impulso de la descentralización.
- Eje 8. Bienestar social y economía de los cuidados.
- Eje 9. Promoción de la cultura.
- Eje 10. Reformas normativas e institucionales para abordar el reto demográfico.

Y en el ámbito autonómico, esta actividad planificadora se percibe en las denominadas Estrategias autonómicas contra la despoblación que, con diversa nomenclatura, vienen estando contenidas en la reciente legislación de Extremadura[32] y Castilla-La Mancha[33].

Otras Comunidades Autónomas, como la de Aragón, aprobaron este tipo de documentos de intervención pública con un carácter reglamentario y dentro de una declarada actividad de ordenación del territorio[34].

Por el contrario, la legislación gallega[35] no contiene ninguna tipología de instrumento público específico de intervención sino que, por el contrario, define los principios y las líneas de actuación para el desarrollo de las políticas públicas de su administración con la finalidad de impulsar y dinamizar la demografía mediante la ordenación y coordinación de las políticas públicas autonómicas y el fomento de la actuación conjunta de las administraciones públicas y de los distintos interlocutores sociales y económicos de esa región.

En conclusión, se debiera apostar por la creación de una línea de actuación pública que tuviera un carácter autónomo y holístico para la lucha contra la despoblación, y en la que se pudieran incluir acciones e instrumentos surgidos de la ordenación del territorio, de la cohesión territorial y del desarrollo rural. Lo cual exigirá actuaciones normativas previas que diseñen este marco de intervención pública concreto y específico.

2.2. Las concretas políticas públicas de intervención en el fenómeno de la despoblación

Haciendo un balance cronológico, en el año 2015 el Senado aprobó la Ponencia de estudio para la adopción de medidas en relación a la despoblación rural en España, constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales (543/000007). Y dentro de las recomendaciones adoptadas por unanimidad de todos los grupos parlamentarios que participaron en esta Ponencia se encuentran, entre otras, las siguientes:

1. Delimitar y diferenciar zonas o territorios escasamente poblados utilizando como criterio identificador aquellos municipios que han perdido población desde el año 1950 y tienen una densidad inferior a 10 habitantes por km².

---

[31] En línea con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía española, aprobado el 16 de junio de 2021 por la Comisión Europea.

[32] Ley 3/2022, de 17 de marzo, de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura, la cual configura que la Estrategia ante el Reto Demográfico y Territorial de Extremadura es el documento que define los objetivos, la clasificación de las diferentes zonas del territorio rural extremeño, conforme a su situación demográfica, sus singularidades, sus necesidades específicas y sus capacidades de desarrollo, las áreas de intervención, las líneas estratégicas las medidas y las acciones a desarrollar por la Junta de Extremadura en estas materias, y contendrá un modelo de gobernanza multinivel, una estimación de su financiación, así como la evaluación y seguimiento de la misma, artículo 17.1, y con una duración de 4 años.

[33] Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha, cuando en sus artículos 17 a 19, regula la Estrategia Regional Frente a la Despoblación, a través de la cual se determinarán los objetivos y actuaciones a desarrollar por la Administración regional en las zonas escasamente pobladas y en riesgo de despoblación, mecanismos de financiación, así como la evaluación y seguimiento de la misma a través de indicadores idóneos y útiles de tipo cuantitativo o cualitativo, que permitan medir la consecución de sus objetivos, artículo 18.1, con una vigencia mínima de 10 años, y la Estrategia Regional de Desarrollo Rural, la cual será de aplicación en los términos municipales del medio rural integrados en las zonas rurales, artículo 19.3.

[34] En concreto, la Estrategia de Ordenación Territorial de Aragón aprobada mediante Decreto 202/2014 de 2 de diciembre, como instrumento de planificación territorial contemplado en la Ley 4/2009 de 22 de junio de Ordenación del Territorio de Aragón. Este documento tiene vigencia indefinida, aunque se debe elaborar un Informe de seguimiento a los 4 años. Actualmente, se está tramitando el Proyecto de Ley de Dinamización del Medio Rural en esta Comunidad Autónoma.

[35] Contenida en la Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia.

2. Que por las diversas administraciones estatal, autonómica, provincial y local se establezcan las acciones políticas necesarias para garantizar la permanencia de la población en el mundo rural y especialmente de la mujer joven en estos municipios como eje vertebrador y de desarrollo demográfico en el medio rural buscando la conciliación familiar, laboral y social.
3. Conseguir para estos municipios el mayor reparto posible tanto de fondos económicos de la Administración del Estado como de la Unión Europea utilizando parámetros discriminatorios positivos que le permitan el incremento de estas ayudas en relación a los núcleos con mayor número de población.
4. Adoptar cuantas disposiciones sean necesarias para conseguir la mayor coordinación entre todas las administraciones públicas implicadas en el mundo rural para aunar esfuerzos, acceder a los diversos programas de los fondos europeos (Plan 2014-2020 de la UE), su aplicación con la metodología LEADER y se establezcan medidas que impliquen discriminación legal positiva para generar empleo y actividad económica en el mundo rural.
5. Asumir las administraciones el compromiso de ofrecer a los habitantes de estas poblaciones los servicios básicos que garanticen su permanencia (salud, educación, ayuda a mayores, alimentación) para que sus habitantes puedan afrontar los problemas que se plantean en los territorios despoblados que son su lugar de residencia.
6. Pedir a las administraciones local, provincial, autonómica, estatal y europea que adopten las medidas fiscales, sociales y financieras estableciendo los incentivos económicos necesarios que permitan apoyar a los emprendedores y empresas que se quieran asentar de forma permanente en estos medios rurales así como a las personas, profesionales, funcionarios y empresas que estén asentados en estos núcleos rurales y evitar así su despoblación.
7. Mejorar las comunicaciones entre territorios que faciliten el transporte y se cree un sistema transversal y vertebrado de comunicaciones dentro de los territorios rurales.
8. Asegurar las nuevas tecnologías de la información en los centros rurales con pleno acceso a internet y completa cobertura de la telefonía móvil como medio de fijar población.
9. Mantener el empleo y la productividad impulsando los propios recursos naturales de la población, y que permitirán activar el turismo rural, que dinamizará el sector de la hostelería y de casas rurales así como apoyar el emprendimiento ganadero (incentivando la incorporación de nuevos ganaderos), agrario, forestal, medioambiental, agroalimentario de estas zonas rurales y rehabilitación de espacios naturales como generador de recursos.
10. Buscar la mayor coordinación de todas las administraciones e instituciones implicadas en la lucha contra la despoblación rural con el respeto a su ámbito competencial, apoyando y priorizando inversiones públicas generadoras de empleo en el mundo rural[36].

En breve, nada que no se pueda pretender planificar y ejecutar 7 años después. Lo cual nos aporta una importante conclusión para este trabajo, y es la necesidad de pasar del plano propositivo al ejecutivo con una inmediación innegociable.

Posteriormente, en el año 2017 se creó el Comisionado del Gobierno para el Reto Demográfico, órgano al cual se asignó la tarea de elaborar y desarrollar una Estrategia Nacional ante el Reto Demográfico. En este ámbito, en fecha 29 de marzo de 2019, el Consejo de Ministros aprobó un Acuerdo sobre las directrices generales de la Estrategia Nacional frente al **Reto Demográfico,** elaboradas por este **Comisionado** adscrito al Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Estas directrices centran la Estrategia en las tres cuestiones demográficas siguientes: despoblación, envejecimiento y efectos de la población flotante[37].

En el año 2020 el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO) ha puesto en marcha un proceso de participación pública (Manifestación de Interés) para recoger las diversas voluntades en torno a la citada Estrategia Nacional, considerando que ese proceso de participación pública ayudaría a dinamizar el debate y la generación de ideas para aprovechar en todo su potencial las propuestas que se pudieran activar a corto plazo sobre el territorio. Todo este proceso culminó con la aprobación del "Plan de Recuperación: 130 Medidas ante el Reto Demográfico".

---

[36] Comisión de Entidades Locales Senado de España (2015, pp. 69-70).

[37] Todos los Ministerios incorporan a las directrices de la Estrategia más de 80 medidas, referidas a jóvenes, mujeres, atención a la población rural, emprendedores, turismo, implantación de la Administración en el territorio o actividad económica. Como señala en este documento, el objetivo general de la citada estrategia es sentar las bases de un proyecto de país que garantice la igualdad de oportunidades y el libre ejercicio de los derechos de ciudadanía en todo el territorio, a través de la coordinación y cooperación de todas las administraciones públicas, el aprovechamiento sostenible de los recursos endógenos y la estrecha colaboración público-privada.

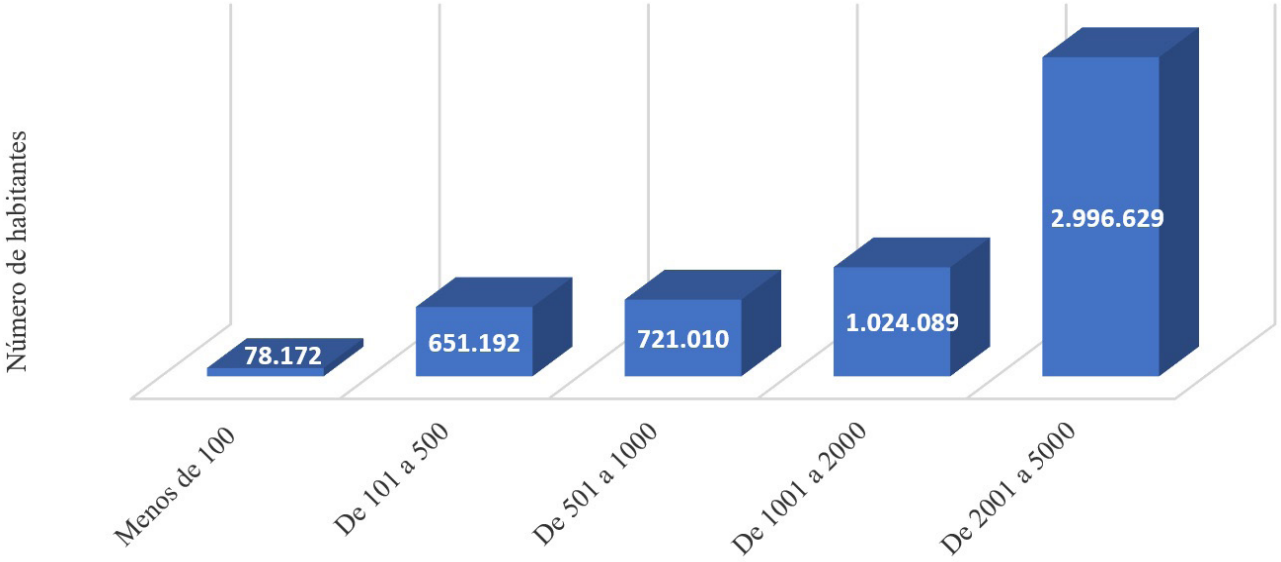
2.2.1. *Las necesarias reformas legislativas*

En un plano normativo, tal y como se plantea en el último de los ejes de este Plan de Recuperación, resultaba necesaria la reforma de la legislación estatal en ámbitos tales como el régimen jurídico de los municipios de menos de 5.000 habitantes, para crear un Estatuto básico de los pequeños municipios[38], la implantación de la evaluación del impacto demográfico[39] y del impacto de género[40], la reforma del sistema de financiación autonómica y local[41] o la aprobación de una Ley de trabajo a distancia, entre otras medidas.

Si hacemos un balance actualizado, sólo se puede entender cumplida la medida de la regulación del trabajo a distancia, con la aprobación de la Ley 19/2021, de 9 de julio. No así, en el resto de los ámbitos normativos entre los que resulta especialmente acuciante la regulación del Estatuto de los pequeños municipios, pues gran parte de los municipios despoblados tienen esta dimensión poblacional.

En lo que se refiere a la creación de una regulación específica en el ámbito municipal, y ello dentro de una hipotética reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local[42], se debe poner de manifiesto la importancia cuantitativa y cualitativa de la tipología de municipios de menos de 5.000 habitantes en España.

Figura 4. Población en municipios de menos de 5.000 habitantes en España



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos INE Padrón Municipal de Habitantes 2022.

[38] Pues como se establece en la respuesta de la Ministra de Política Territorial, en el Pleno del Senado de fecha 15 de noviembre de 2022, este nuevo estatuto conllevará más medios a estos Ayuntamientos con cambios normativos que requerirían, por tanto, de una mejor financiación de la Administración local. *Diario de Sesiones del Senado,* 109, de fecha 15 de noviembre 2022, p. 32.

[39] De esta forma se pretende que en los proyectos normativos y los planes de acción de la Administración General del Estado, para comprobar el efecto y las implicaciones potenciales de las políticas en el conjunto del territorio y, especialmente, en sus áreas rurales. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2021, p. 121).

[40] Para conseguir la información necesaria para dirigir las políticas y programas públicos para una respuesta cohesionada al reto demográfico, garantizando la justicia social y lucha contra las desigualdades. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2021, p. 122).

[41] Y así, garantizar la vertebración territorial y la igualdad de los españoles en el acceso a los servicios públicos esenciales independientemente del lugar donde residan. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2021, p. 122).

[42] Tal y como ha puesto de manifiesto la Ministra de Política Territorial y Portavoz del Gobierno en la Comisión de Entidades Locales del Senado, de fecha 20 de enero de 2022, *Diario de Sesiones del Senado,* 319, de fecha 20 de enero de 2022, p. 6, quien señala que esta reforma de la LRBRL incluirá acciones para reforzar el funcionamiento democrático y la modernización de los gobiernos locales mediante un conjunto de medidas dirigidas, fundamentalmente, a fomentar la digitalización de los servicios públicos, a mejorar la participación de la ciudadanía en los asuntos locales y especialmente a establecer una normativa básica para los municipios de menor población o en riesgo de despoblamiento.

En una visión cuantitativa, existen en España 6.818 municipios de menos de 5.000 habitantes, 83,85 % del total de los municipios, en los que habitan 5.471.092 personas, un 11,54 % de la población total de España[43], caracterizados en su mayoría por unas características demográficas negativas. Siendo en el umbral entre 2.000 a 5.000 habitantes donde se concentra la mayor parte de esta población.

La idea fundamental de esta reforma es adecuar la organización municipal y su funcionamiento, es decir, su régimen jurídico, a una idiosincrasia caracterizada por su bajo número de habitantes. Ello supone una modificación de anteriores finalidades políticas que, incluso, llegaron a pretender su supresión[44], pues debemos recordar que la última reforma de la Ley 7/85, realizada, por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, exige un mínimo poblacional de 5.000 habitantes para la creación de nuevos municipios, artículo 13.2.

La situación actual queda aún lejos del camino previsto pues, si bien se ha planteado esta reforma dentro de la citada Estrategia Nacional y con la declarada finalidad de fijar la población al territorio, mantener la calidad democrática del municipio, de acuerdo con nuestro Estado democrático, y garantizar las condiciones de vida de los ciudadanos con independencia del territorio en el que residan, con la prestación de unos servicios públicos de calidad. y otras reformas de carácter local, aún no se ha aprobado el texto que configure esta necesaria reforma[45].

Una especial referencia debe hacerse a la reforma del sistema de financiación local, pues la situación actual beneficia de forma evidente a los municipios con mayor población, los cuales tienen además una mayor capacidad tributaria frente a los de escasa población[46].

Resulta fundamental en el ámbito del régimen local, en general, y en el de los municipios de menor población, en particular, el análisis de su financiación por parte del Estado, a través de la Participación de ingresos del Estado (PIE), y ello en cumplimiento del artículo 142 CE.

Si hacemos un repaso de la normativa en vigor en esta materia, el vigente texto refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, establece un sistema dual para los municipios de mayor tamaño (101, en total) y para el resto (8.030).

Así, su artículo 111 establece una modalidad de cesión de impuestos estatales para aquellos municipios capitales de provincia o Comunidad Autónoma y para aquellos que tienen una población superior a 75.000 habitantes. Encuadrada esta cifra en la taxonomía actual de los municipios en España, se llega a la conclusión que de los 8.131 municipios sólo 101 acceden a esta financiación privilegiada. En una visión sincrética, los impuestos cedidos por el Estado a estos municipios en el año 2019 (último con cifras actualizadas) ascendieron a 1.106.801.499,23 euros, más 6.135.266.019,73 euros del FCF (Fondo Complementario de Financiación), hacen un total de 7.241.067.518,96 euros y la población de estos municipios era de 20.907.402 de habitantes, un porcentual del 45 del total nacional[47]. En definitiva, la media por habitante en el modelo de cesión asciende a 346,33 euros/habitante.

Para el resto de los municipios, se tiene establecido un modelo por variables, pues el artículo 123.1 del TRLRHL determina que la participación total para cada ejercicio se cuantifique aplicando un índice de evolución a la correspondiente al año base (2004), como resultado de la actualización cuatrienal aprobada por el artículo 126 del TRLRHL, y aplicada con arreglo a los artículos 106 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. En una visión sincrética, para esta tipología de municipios, los impuestos cedidos por el Estado en el año 2019 arrojan una cantidad total de 4.690.249.123,08 euros, para una población total de 26.118.906 habitantes, un total del 55 % de la población total. En definitiva, la media por habitante en el modelo de variables asciende a 179,57 euros/habitante.

Situación que resulta más preocupante dada su evolución en la última década pues, con datos del año 2007, la media por habitante del modelo de cesión era de 208,72 euros frente a los 173,52 euros del modelo de variables[48].

---

[43] Según los datos del INE en la última actualización de la Estadística del Padrón Continuo de 2022.

[44] Como pone de manifiesto Carbonell Porras (2021).

[45] Y ello pese a la importancia que estos pequeños municipios pueden tener para la lucha contra la despoblación (Bello Paredes, 2022).

[46] Como se pone de manifiesto en la Moción presentada por el Grupo Popular en el Senado, expediente 661/963, en la que se concluye que la realidad normativa española en materia de financiación local no contempla adecuadamente las características excepcionales y singulares de los pequeños municipios, sino que, lejos de ello, la Ley de Haciendas Locales contempla en su artículo 124 unos criterios de distribución de fondos y coeficientes multiplicadores que les perjudican y condenan a no poder revertir esa dinámica perniciosa en la que se encuentran, *Diario de Sesiones del Senado*, 250, de fecha 29 de junio de 2021, p. 14.

[47] Ministerio de Hacienda y Función Pública (2021).

[48] Ré Soriano y Portillo Navarro (2011, pp. 63-64).

Esta situación indica que aquellos municipios integrados en el modelo de cesión obtienen del Estado una financiación por habitante muy superior a la del modelo de variables. Situación que, en cierta medida, no resulta justificable basándose en los costes de maximización de los servicios públicos, puesto que estos no incrementan su coste por un mayor servicio sino por el número de usuarios que, a su vez, costean los mismos de forma directa.

Todo ello permite afirmar que existe una fuerte diferencia entre los Ayuntamientos capitalinos y los de más de 75.000 habitantes, que obtienen para sus ciudadanos mayor financiación, originando una distinción entre ciudadanos de primera y segunda categoría en la financiación de sus entidades municipales[49], que conlleva la necesidad de una reforma del sistema de financiación local que discrimine positiva, y no negativamente, a los municipios de menor población.

Y es que esta regulación legal no tiene en consideración la dimensión territorial para luchar contra la despoblación[50], pues cuantos menos ingresos tengan los municipios con menor número de habitantes y mayor dispersión, tendrán una menor capacidad para gestionar sus servicios públicos, pudiéndose afirmar que con el transcurso de los años de vigencia de este sistema, las inequidades de partida en el reparto no sólo se mantienen, sino que se han agrandado con el tiempo[51].

Todo ello queda agravado, además, por el modelo de distribución que se efectúa entre los municipios no incluidos en el artículo 111, pues estos recibirán su PIE según su población, al distribuirse el 75 % de este en función del número de habitantes de derecho de cada municipio, ponderadas por los coeficientes multiplicadores, entre el 1 y el 1,4, artículo 124.1 TRLHL[52].

Por lo que el nuevo modelo debiera integrar todos los recursos en un fondo que debiera ser distribuido entre todas las entidades locales con base exclusiva en criterios de necesidad y capacidad fiscal con objetivos niveladores teniendo en cuenta su tamaño[53].

2.2.2. *La palanca del desarrollo rural*

Como ya hemos comprobado anteriormente, uno de los aspectos competenciales, y ámbito de actuación en materia de intervención pública en los territorios afectados por la despoblación, se refiere al desarrollo del ámbito rural[54]. Y aunque es cierto que la pérdida de población afecta también a municipios no rurales, son aquellos que se ubican en el medio rural los más afectados por esta situación demográfica.

En el ámbito normativo estatal, resulta necesario que nos detengamos a valorar el contenido de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural[55], la cual establece como finalidad

---

[49] Ré Soriano y Portillo Navarro (2011, p. 64).

[50] En este sentido, Rubio Guerrero (2022, p. 12), propone una revisión de la participación de los municipios en los ingresos del Estado que debería incorporar una variable inversa a la población que tuviese en cuenta la despoblación.

[51] En igual sentido se declara el "Informe de la Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local" (Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2017, p. 97), al considerar que el elemento nuclear del sistema de transferencias incondicionadas a beneficio de las entidades locales es la tradicional PIE, el cual ha venido a consolidar en su origen inequidades heredadas y no corregidas. La evolución en el tiempo de este sistema ha agravado más si cabe las inequidades.

[52] De acuerdo con la siguiente tabla: de más de 50.000 habitantes, 1,4 de coeficiente; de 20.001 a 50.000, 1,30; de 5.001 a 20.000, 1,17 y hasta 5.000, 1,00.

[53] En el citado Informe se propone que para los municipios de más de 20.000 habitantes, a los que se supone capacidad plena de gestión de todo tipo de competencias por sus propios medios, el indicador básico de necesidad debería ser la población ponderada en su caso, a efectos de tener en cuenta los mayores costes de congestión y aglomeración en que incurren las grandes ciudades. Y en los municipios pequeños, las capacidades de gestión están menos desarrolladas y prevalecen núcleos rurales diseminados, problemas de despoblamiento y envejecimiento de la población más acusados y dificultades manifiestas para el acceso a buena parte de los servicios públicos. En consecuencia, la Comisión considera que el indicador de necesidad aplicable a estas entidades debería incluir, junto a la población, alguna otra variable que recoja estos elementos diferenciales de coste unitario de provisión de servicios (típicamente la dispersión geográfica de la población) y que incentive en todo caso la gestión colaborativa de los servicios públicos, en especial, con la participación de las entidades provinciales o insulares. Ministerio de Hacienda y Función Pública (2017, pp. 86-87). En este sentido, Velasco Caballero (2022, p. 29), para quien se debiera realizar una segregación en dos fondos diferentes para las transferencias estatales (o regionales): uno destinado sólo a garantizar la suficiencia financiera del conjunto de los municipios, en función de las necesidades de gasto estandarizadas, y distribuido con el dato único de la población; y otro, con función de nivelación intermunicipal, articulado a través de diversos indicadores de debilidad financiera (como la densidad demográfica, la orografía, índices de renta disponible, etc.).

[54] Ámbito material que puede quedar integrado, salvo algunas acciones concretas, en la competencia estatal contenida en la norma 13.ª del artículo 149.1 de la Constitución que, atribuye al Estado las competencias sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, lo cual conlleva la posibilidad de desarrollo normativo autonómico.

[55] Normativa de una enorme importancia si se hubiese aplicado de una manera decidida por los poderes públicos. Para Sanz Larruga (2021, p. 82), la inaplicación de esta norma estatal proviene del solapamiento y falta de coordinación de los instrumentos de esta ley con los programas de desarrollo rural derivados de la PAC. Inaplicación normativa que queda corroborada con la aprobación,

fundamental, en su aplicación en las zonas rurales, la de establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos, teniendo la consideración de bases de la ordenación general de la actividad económica en dicho medio, artículo 1.1.

Para ello, no sólo tipifica legalmente conceptos tales como medio rural, zona rural o municipio rural[56], sino que procede a zonificar las zonas rurales[57] en las siguientes categorías, artículo 10:

1º. Zonas rurales a revitalizar: aquellas con escasa densidad de población, elevada significación de la actividad agraria, bajos niveles de renta y un importante aislamiento geográfico o dificultades de vertebración territorial.
2º. Zonas rurales intermedias: aquellas de baja o media densidad de población, con un empleo diversificado entre el sector primario, secundario y terciario, bajos o medios niveles de renta y distantes del área directa de influencia de los grandes núcleos urbanos.
3º. Zonas rurales periurbanas: aquellas de población creciente, con predominio del empleo en el sector terciario, niveles medios o altos de renta y situadas en el entorno de las áreas urbanas o áreas densamente pobladas.

La importancia de esta zonificación descansa en un evidente interés para la ejecución de las diversas políticas de la Unión Europea, cuya tipificación abarcaría un amplio abanico de estas, tales como las zonas categorizadas en la UE como zonas c)[58], las zonas rurales, las zonas Natura 2000, las zonas con limitaciones naturales u otras limitaciones específicas, las zonas de montaña, las zonas forestales, al menos, y todo ello para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en los diversos fondos europeos.

Retomando la ley estatal 45/2007, debe resaltarse que, dada su condición de precepto básico, la regulación propositiva que esta ley efectúa sobre la adopción de determinadas medidas en relación al empleo público, para que este se constituya en una palanca contra la despoblación al tratar de fijar población en las zonas rurales, mediante incentivos administrativos, profesionales o económicos, medidas específicas de apoyo para los empleados públicos que realicen su actividad profesional y residan en el medio rural, singularmente en las zonas rurales prioritarias. Estas medidas se aplicarán con carácter preferente a los empleados públicos docentes y sanitarios, artículo 31.

3. PROPUESTAS DE FUTURO: LA DESPOBLACIÓN COMO RIESGO Y COMO OPORTUNIDAD

3.1. Retos y oportunidades en las zonas despobladas

Hasta aquí, y siguiendo una visión continuista, se ha venido entendiendo que la situación de los territorios despoblados, y colectividades que los habitan, se encuentran en una situación de riesgo e inferioridad en la prestación de los servicios públicos, y si bien esta situación resulta innegable, no lo es menos que para

---

sin voto alguno en contra, por el Congreso de los Diputados de una Moción que instaba al Gobierno a reactivar su aplicación, Acuerdo de 11 de mayo de 2017, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. D-155, de 18 de mayo de 2017, p. 53.

[56] El artículo 3 define al medio rural como el espacio geográfico formado por la agregación de municipios o entidades locales menores definido por las administraciones competentes que posean una población inferior a 30.000 habitantes y una densidad inferior a los 100 habitantes por km²; la zona rural, como el ámbito de aplicación de las medidas derivadas del Programa de Desarrollo Rural Sostenible regulado por esta Ley, de amplitud comarcal o subprovincial, delimitado y calificado por la Comunidad Autónoma competente y, por último, al municipio rural de pequeño tamaño, como el que posea una población residente inferior a los 5.000 habitantes y esté integrado en el medio rural.

[57] Esta acción normativa también se encuentra contenida en la legislación autonómica de Castilla-La Mancha, cuando en el artículo 11 de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, establece las siguientes: «las zonas que integran el medio rural de Castilla-La Mancha, se clasificarán en alguna de las siguientes categorías: zonas escasamente pobladas, zonas en riesgo de despoblación, zonas rurales intermedias, y zonas rurales periurbanas»; calificando a las primeras como «aquellas agrupaciones de municipios o núcleos de población integradas mayoritariamente por municipios de pequeño tamaño, con una densidad conjunta de población de menos de 12,5 habitantes por km^2, altas tasas de envejecimiento y pérdidas intensas de población, con un importante aislamiento geográfico con respecto a municipios de más de 30.000 habitantes, un alto porcentaje de suelo de uso forestal, y una elevada significación de la actividad agraria», artículo 12.

[58] El apartado 161 de las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020 establece que en las zonas con muy baja densidad de población, un Estado miembro deberá, en principio, designar regiones NUTS 2 con menos de 8 habitantes por km² o NUTS 3 con menos de 12,5 habitantes por km². No obstante, un Estado miembro podrá designar partes de NUTS 3 con menos de 12,5 habitantes por km² u otras zonas adyacentes y contiguas a las regiones NUTS 3, siempre y cuando las zonas designadas tengan menos de 12,5 habitantes por km² y su designación no supere la asignación específica de cobertura «c» contemplada en el punto 160.

todos ellos cabe una posibilidad real de crecimiento y recuperación asociada a las propias debilidades derivadas de esta situación de despoblación.

Después de una pandemia como ha sido la COVID-19, los ciudadanos han percibido la necesidad de vivir en zonas de alta calidad de vida natural y bajos niveles de contaminación. Lo que ha conducido, a una reflexión social sobre el modelo de ciudad y su relación con el mundo rural[59].

Y si se puede cohonestar esta calidad de vida con el cumplimiento de la faceta laboral y profesional del ciudadano, por medio del teletrabajo o el trabajo a distancia[60], la selección del emplazamiento de su domicilio puede estar ubicada en el medio rural[61]. Nos encontramos aquí con una formidable palanca de cambio en la organización de las relaciones laborales y profesionales que deben redundar en una distinta distribución territorial de los ciudadanos.

En esta línea de actuación, dentro Comisión Europea, Dirección General de Agricultura y Desarrollo Rural (DG AGRI), se viene actuando con el objetivo general de promover e inspirar a los municipios rurales para desarrollar e implementar enfoques y estrategias de pueblos inteligentes en toda Europa: "Smart Rural"[62]. Siendo factible unir estas actuaciones con aquellas otras que fomentan el empleo en zona rurales, como en Portugal o Irlanda[63].

Por otra parte, y dentro de la tipología de la economía social[64], el incremento de la edad de los habitantes de los territorios despoblados, dado el incremento de promedio de vida de los europeos y que estos se mantienen durante más tiempo en buen estado de salud, puede contribuir a la creación de una emergente economía asociada a las necesidades vitales de esta tipología de población, lo que se ha venido llamando como economía plateada (silver economy).

Si analizamos la situación de la población europea con 50 o más años en 2015, que ascendía a 199 millones de personas (alcanzando un porcentual de 39 de la población total), se evidencia que este enorme contingente de personas conformará la base poblacional de esta economía plateada[65]. Con los datos del año 2015 en la UE, esta tipología de economía sostenía más de 4,2 billones de euros en su PIB y ofrecía 78 millones de puestos de trabajo. Datos que permiten extrapolar que, para el año 2025, esta población ascenderá a 222 millones de personas y aporten el 44,3 % del PIB de la UE, es decir, más de 5 billones de euros[66].

Por lo que se refiere a España, se prevé un porcentual de población mayor de 65 años para el año 2025 del 21,5 %, y una población total cercana a los 47,4 millones de habitantes[67].

---

[59] Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (2021, p. 255).

[60] Esta modalidad de prestación de las actividades laborales ya tiene un reconocimiento legal en España en la Ley 10/2021, de 9 de julio, en el primero de los supuestos, pero sin regulación normativa aún en el empleo público. La pandemia de la COVID-19 ha conllevado su utilización de una manera no vista antes en España; ahora, con una crisis energética en puertas, los diversos planes de ahorro energético van a volver a servirse de esta tipología de organización y realización de actividades laborales y profesionales. Con datos del INE, antes del estado de alarma declarado por la pandemia de la COVID-19, el porcentaje de establecimientos que utilizaba el teletrabajo era del 16,0 %, con una media de un 31,3 % de su plantilla utilizándolo; durante el estado de alarma, el porcentaje de establecimientos que utilizaron el teletrabajo aumentó más del triple, hasta alcanzar el 51,4 %, con una media del 46,7 % de la plantilla adherida a esa modalidad de trabajo a distancia. En la nueva normalidad, el teletrabajo lo han mantenido el 43,4 % de los establecimientos (ocho puntos menos que durante el confinamiento) para el 37,6 % de sus trabajadores (nueve puntos menos). Consultado el 15-12-2022. https://www.ine.es/daco/daco42/ice/ice_mod_covid_0121.pdf

[61] Comisión Europea (2020, p. 31).

[62] En Cataluña, un proyecto de coworking (Cowacat Rural) pretende aprovechar las TIC y mejorar las competencias a través del uso de espacios de cotrabajo en el medio rural. De esta manera, se fomenta una cultura de teletrabajo y cooperación entre empresarios, autónomos y trabajadores de las zonas rurales. Entre el 2014 y el 2017, el proyecto inspiró la creación de 14 espacios de cotrabajo nuevos, conectando a más de 130 profesionales. La iniciativa se replicó en países como Bélgica, Francia, Alemania, Irlanda y el Reino Unido. Consultado en fecha 15-12-2022: https://enrd.ec.europa.eu/

[63] En Portugal, la ayuda económica directa para quienes se trasladen al interior será de 2.633 €, más un 20 % de incremento por cada miembro del hogar (hasta un límite de 1.316 €). También habrá apoyo para los gastos de mudanza, hasta un límite de 878 €. Así, esta medida supondrá un apoyo inicial de hasta 4.827 € para los trabajadores que decidan trasladarse al interior. Consultado en fecha 15-12-2022: https://eportugal.gov.pt/pt/noticias/abertas-as-candidaturas-a-medida-emprego-interior-mais. Y en Irlanda a través del proyecto "Our Rural Future" (Nuestro futuro rural). Consultado el 15-12-2022. https://www.gov.ie/en/publication/4c236-our-rural-future-vision-and-policy-context/

[64] Y hay más instrumentos empresariales para fomentar la lucha contra la despoblación, como las empresas de inserción, Tascón López (2021), para quien este tipo de empresas pueden jugar un papel especialmente significativo, ya sea mediante la consecución de un contrato de trabajo por cuenta ajena, o la posibilidad de favorecer la figura del autoempleo, aprovechando alguno de los nichos (aún en buena medida ocultos) de actividad que, en la nueva economía, han de aparecer en el ámbito rural.

[65] Como se estudia en Comisión Europea et al. (2018, p. 8).

[66] Comisión Europea et al. (2018, p. 9).

[67] INE (2020, p. 8). En términos relativos de cada una de las Comunidades Autónomas, para 2035 nueve comunidades y una ciudad autónoma perderán población: Asturias, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Cantabria, Ceuta, Castilla-La Mancha, País

Igualmente, a medida que empiece a disminuir la población activa, la resiliencia económica y el crecimiento de la productividad serán aún más importantes[68], pudiéndose producir un triple fenómeno:

1º. La transición hacia una economía digital[69] y climáticamente neutra, que debe contribuir a impulsar la productividad. Y es que, el cambio demográfico y esta doble transición tendrán sinergias cruzadas y se impulsarán mutuamente.

2º. La implantación de un modelo de actividad económica que, en su dimensión agropecuaria, puede suponer la definición de modelos alternativos al productivismo, para lo cual las ayudas públicas deben tener una afectación estratégica sobre este sector, focalizada en el cumplimiento de la Agenda 2030 y, en el ámbito de este trabajo, en la cohesión territorial.

En este sentido, los sistemas agroalimentarios multifuncionales y territorializados constituyen una importante vía de progreso, toda vez que integran cuestiones tales como los servicios paisajísticos, ambientales, sociales y económicos sobre espacios y territorios específicos en los que actúa la actividad agropecuaria[70].

3º. La necesidad de asegurar una fuerza laboral altamente cualificada, bien formada y adaptable, para lo cual se debe proceder a la inversión en las personas y sus capacidades y en mejorar el acceso a su educación y formación. Dada la prevista situación demográfica, en España y la UE, el cumplimiento de este objetivo deberá sostenerse sobre una actuación planificada de emigración de personas provenientes de otros territorios extraeuropeos, como puede ser de forma paradigmática América Latina[71].

3.2. Las ayudas y subvenciones públicas con la necesaria finalidad demográfica

Y es, precisamente, sobre estas tres líneas de acción donde debiera actuar la financiación de la diversa tipología de fondos europeos, los cuales se asientan sobre diversos títulos competenciales, tales como el desarrollo rural (FEADER), el desarrollo regional (FEDER), la cohesión territorial (Fondo de Cohesión) y los aspectos sociales (FSE+), entre los más significativos.

No obstante ello, ninguno de estos programas de acción europeos tiene como finalidad expresa y única la situación demográfica o la lucha contra la despoblación[72], sino que estos aspectos quedan implícitamente referenciados en la ejecución de los diversos programas para la consecución de sus objetivos programáticos[73]. Así, el FEDER y el Fondo de Cohesión[74], integran la situación demográfica en el concepto legal de desarrollo urbano sostenible, artículo 11.1, para cuya consecución se reserva un mínimo del 8 % del importe del FEDER.

Vasco, Aragón y la Rioja, en este orden de magnitud. En el resto de las regiones, la población aumentará. Los mayores incrementos relativos se producirán en las islas (Baleares y Canarias) y en la Comunidad de Madrid. No obstante, en términos absolutos, los aumentos se concentrarán en la Comunidad de Madrid (donde residirán 614.049 personas más que ahora) y en Cataluña (con un aumento de 414.060 personas), debido a la llegada de población procedente del extranjero y también de otras comunidades autónomas. Véase Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (2021, p. 256).

[68] Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (2021, p. 20).

[69] Que deben incluir el acceso a tecnologías de la información y la comunicación y la cobertura de 5G.

[70] Como se establece en el objetivo 6 del Plan Estratégico PAC post 2020, como sostiene Baraja et. al. (2021, p. 173).

[71] Los datos del INE, en el primer semestre del año 2022, acreditan que los mayores incrementos de inmigrantes se dieron entre la población colombiana (60.142 personas más), ucraniana (48.396 más) y venezolana (31.703 más). Y los mayores descensos en la de Rumanía (11.751 personas menos), Reino Unido (–8.381) y China (–5.058). Consultado el 15-12-2022. https://www.ine.es/prensa/cp_j2022_p.pdf

[72] En este sentido, el artículo 5 del Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados, no establece expresamente entre su listado de objetivos políticos referencia alguna a la situación poblacional. Únicamente se utilizan variables referidas a la densidad de la población (Anexo XXVI) para calcular la asignación de los recursos para los diversos Estados miembros (p.ej., población de las regiones nivel NUTS 3 cuya densidad de población sea inferior a 12,5 habitantes por km^2, apartado 4 g), o cuando la población haya disminuido en una media superior al 1 % entre los periodos 2007-2009 y 2016-2018, apartado 19, o la referencia a las zonas septentrionales de Finlandia, escasamente pobladas, que recibirán una asignación adicional, apartado 20.

[73] En ámbitos marginales como la inclusión de la alusión al reto demográfico en el contenido de los acuerdos y programas que deben cumplir los Estados miembros, artículos 11 y 22, respectivamente.

[74] Regulados por el Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo, de fecha 24 de junio de 2021.

Y todo ello pese a considerar que el artículo 176 TFUE establece que el FEDER está destinado a contribuir a la corrección de los principales desequilibrios regionales dentro de la Unión. Y que, con arreglo a dicho precepto y al artículo 174, párrafos segundo y tercero, del TFUE, este fondo debiera contribuir a reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas, entre las que debe prestarse especial atención a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes.

Por ello, la primera gran propuesta debe centrarse en la creación de una política pública europea que, de forma autónoma y expresa, tenga por finalidad el replanteamiento de la situación demográfica en la UE y en sus diversos Estados miembros.

Una mayor concreción de la dimensión demográfica se obtiene del análisis de la regulación normativa de algunos de estos fondos europeos, destacadamente aquel que se destina a la ejecución de la política agraria común (PAC), la cual incluye el desarrollo rural entre sus objetivos, artículos 42 y 43 TFUE. Así, en el Reglamento (UE) núm. 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 17 de diciembre de 2013, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del FEADER, se establece que el desarrollo rural tiene como objetivo, entre otros, el de lograr un desarrollo territorial equilibrado de las economías y comunidades rurales incluyendo la creación y conservación del empleo, artículo 4 c). También existen referencias expresas a la mejora de los servicios básicos para las poblaciones de las zonas rurales, artículo 20.1, así como la inclusión, dentro de los grupos temáticos del artículo 8 y referidos a las zonas de montañosas, a las mujeres en las zonas rurales y a la mitigación del cambio climático, Anexo IV.

Desde una dimensión cuantitativa, la importancia de esta actividad planificadora y subvencional de la UE en España, en el año 2020 se ha elevado a la cantidad de 1.236.440.712 euros.

Dentro de las líneas de acción de este Reglamento, y que han contado con estas ayudas, se encuentran las referidas a los Grupos de Acción Local de los LEADER, artículo 42, los cuales deberán estar compuestos por representantes de los intereses socioeconómicos locales públicos y privados, en los que ni las autoridades públicas, definidas de conformidad con las normas nacionales, ni ningún grupo de interés concreto representen más del 49 % de los derechos de voto en la toma de decisiones[75] y con la finalidad de proceder al desarrollo local participativo[76]. Y es que esta acción de la UE tiene entre sus objetivos, además de fomentar la competitividad de la agricultura, lograr un desarrollo territorial equilibrado de las economías y comunidades rurales y una gestión sostenible de los recursos naturales, artículo 4[77].

Este reglamento tiene vigencia hasta el 1 de enero de 2023, fecha en la cual se aplicará el Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 2 de diciembre de 2021, por el cual se establecen normas en relación con la ayuda a los planes estratégicos, que introduce una reforma de la PAC basada no en subvenciones a la producción, sino orientada al cumplimiento de una serie de objetivos generales, centrados en los planos económico, medioambiental y social, para alcanzar la ejecución

---

[75] Artículo 32.2.b) del Reglamento (UE) núm. 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Consejo.

[76] Para lo cual se deberá establecer una Estrategia de desarrollo local que contenga los siguientes elementos, artículo 33 del Reglamento UE 1303/2013: a) la definición de la zona y la población objeto de la estrategia; b) un análisis de las necesidades y el potencial de la zona, con un análisis de los puntos fuertes, los puntos débiles, las oportunidades y las amenazas; c) una descripción de la estrategia y sus objetivos, una descripción de las características integradas e innovadoras de la estrategia, así como una jerarquía de objetivos, incluidas metas mensurables en cuanto a productividad y resultados. En lo que atañe a los resultados, las metas podrán expresarse en términos cuantitativos o cualitativos. La estrategia será coherente con los programas pertinentes de todos los Fondos EIE implicados de que se trate; d) una descripción del proceso de participación de la comunidad en el desarrollo de la estrategia; e) un plan de acción en el que se demuestre el modo en que los objetivos se traducen en acciones; f) una descripción de las disposiciones de gestión y seguimiento de la estrategia que demuestre la capacidad del grupo de acción local para ponerla en práctica, así como una descripción de las disposiciones específicas de cara a la evaluación; g) el plan financiero para la estrategia, en especial, la asignación prevista de cada uno de los Fondos EIE de que se trate.

[77] Describe como prioridades del desarrollo rural en la UE las siguientes: 1. fomentar la transferencia de conocimientos e innovación en los sectores agrario y forestal y en las zonas rurales. 2. mejorar la viabilidad de las explotaciones agrarias y la competitividad de todos los tipos de agricultura en todas las regiones, y promover las tecnologías agrícolas innovadoras y la gestión forestal sostenible. 3. fomentar la organización de la cadena alimentaria, incluyendo la transformación y comercialización de los productos agrarios, el bienestar animal y la gestión de riesgos en el sector agrario. 4. Restaurar, preservar y mejorar los ecosistemas relacionados con la agricultura y la silvicultura. 5. Promover la eficiencia de los recursos y fomentar el paso a una economía baja en carbono y capaz de adaptarse al cambio climático en los sectores agrario, alimentario y forestal. 6. Fomentar la inclusión social, la reducción de la pobreza y el desarrollo económico en las zonas rurales.

de la Agenda 2030, a saber: fomentar un sector agrícola inteligente, competitivo y diversificado, apoyar y reforzar la protección del medio ambiente y, por último, fortalecer el tejido socioeconómico de las zonas rurales, artículo 5.

En este último ámbito de acción, y dado que muchas zonas rurales de la Unión sufren problemas estructurales, reforzar este tejido socioeconómico supondrán actuaciones como la creación de empleo y el relevo generacional, la promoción de la inclusión social, el apoyo a los jóvenes, el relevo generacional y el desarrollo de pueblos inteligentes en el campo europeo, todo lo cual contribuirá, en definitiva, a mitigar la despoblación[78].

Para lo cual, y en esta dimensión socioeconómica, se pretende la consecución de los siguientes objetivos específicos: atraer y apoyar a los jóvenes agricultores y a los nuevos agricultores y facilitar el desarrollo empresarial sostenible en las zonas rurales y promover el empleo, el crecimiento, la igualdad de género, incluida la participación de las mujeres en la agricultura, la inclusión social y el desarrollo local en las zonas rurales, entre ellas la bioeconomía circular y la silvicultura sostenible, artículo 6, letras g) y h).Y es precisamente este objetivo, referido a la palanca del tejido socioeconómico para el desarrollo rural[79], el que puede emplearse en España como instrumento fundamental para la lucha contra la despoblación en las zonas rurales, pues tendrá una dotación económica de 5.401.914.125 euros para el periodo 2023-2027[80].

Debiendo destacarse la importancia que esta norma de la UE determina sobre los Planes Estratégicos de la PAC que cada Estado debe elaborar, y la Comisión debe aprobar, para este periodo 2023-2027, artículo 1.

De esta forma, estos planes estratégicos, en lo que se refiere a la dimensión socioeconómica, podrán contener ayudas para el establecimiento de jóvenes agricultores y nuevos agricultores y puesta en marcha de nuevas empresas rurales, artículo 75 o para actividades de cooperación en materias tales como preparar y ejecutar Leader o elaborar y ejecutar estrategias de «pueblos inteligentes» según determinen los Estados miembros, artículo 77.

En definitiva, esta reforma comunitaria pretende establecer una finalidad estratégica en la utilización de estos fondos, para alcanzar la ejecución de la Agenda 2030 y la aplicación del desarrollo sostenible como principio transversal y vertebrador de la actuación de los poderes públicos de la UE.

En este sentido, el Reglamento (UE) núm. 1303/2013, de fecha 17 de diciembre de 2013, en el que se establecen disposiciones comunes relativas a diversos Fondos de la UE[81], establece que, tanto la Comisión como los Estados miembros, deberán velar porque la ayuda contenida en estos fondos permita el cumplimiento de las políticas y principios horizontales tales como el desarrollo sostenible o la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, artículos 7 y 8 de este Reglamento. Y dentro de estos principios, en el apartado 5.5 de su Anexo I se incluye la necesidad de abordar el cambio demográfico[82].

En el supuesto español, el Plan Estratégico de la PAC para España (PEPAC)[83] establece una limitada referencia a la despoblación y a las acciones tendentes a revertir la situación demográfica. Y es que, pese a recomendar la Comisión Europea que España debe reducir la tendencia a la despoblación del medio rural y redoblar esfuerzos para afrontar el relevo generacional en la agricultura e intensificar los esfuerzos por crear oportunidades de empleo y actividad económica en las zonas rurales y promover la inclusión social[84],

---

[78] Considerando 32 del Reglamento (UE) 2021/2115, de fecha 2 de diciembre de 2021.

[79] Cuantitativamente el Reglamento (UE) 2021/2115 dispone que, para el periodo 2023-2027, se destinarán al desarrollo rural unas ayudas de 60.544.439.600 euros, artículo 89.1.

[80] Anexo XI del citado Reglamento 2021/2115.

[81] Referido a los siguientes: Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, artículo 1.

[82] Para lo cual se propone que los retos derivados del cambio demográfico, en particular los relacionados con la disminución de la población activa, un porcentaje cada vez mayor de jubilados y la despoblación, se tendrán en cuenta en todos los niveles. Estableciendo que para abordar los retos en las regiones más afectadas por el cambio demográfico, los Estados miembros determinarán, en particular, las medidas necesarias para: a) apoyar la renovación demográfica a través de mejores condiciones para las familias y un mejor equilibrio entre la vida laboral y familiar; b) impulsar el empleo e incrementar la productividad y el rendimiento económico a través de inversiones en educación, en tecnologías de la información y de la comunicación, y en investigación e innovación; c) hacer hincapié en la adecuación y la calidad de la educación, de la formación y de las estructuras de apoyo social y, cuando proceda, en la eficacia de los sistemas de protección social; d) promover un servicio viable de prestaciones de asistencia sanitaria y dependencia, especialmente mediante las inversiones en salud en línea, ciberasistencia e infraestructuras.

[83] Aprobado por la Comisión Europea en fecha 31 de agosto de 2022. Consultado 15-12-2022. https://www.mapa.gob.es/es/pac/post-2020/pepac-sfc2021-v12_tcm30-623871.pdf

[84] PEPAC. Comisión Europea (2022, p. 339).

y considerarse como fortaleza que las materias primas del sector agroalimentario se produzcan en zonas con baja densidad de población, lo que puede contribuir a fijar población y crear riqueza[85], las intervenciones públicas que expresamente se refieren a la lucha contra la despoblación resultan escasas.

Así, la política de «establecimiento de nuevos agricultores» (Código de intervención: 6961.2 PEPAC), con el objetivo de mitigar el problema de la despoblación a través del fomento de la instalación de nuevos agricultores como titulares de explotaciones agrarias para contribuir al relevo generacional, así como a la fijación de población en las zonas rurales que, con carácter general, se encuentran en situación de despoblamiento[86]. Igualmente, la política de «cooperación para la vertebración del territorio» (Código de intervención: 7163 PEPAC) tiene como objetivo apoyar aquellas iniciativas de cooperación entre dos o más agentes que ayuden al desarrollo y la vertebración del territorio rural ayudando a mejorar la posición de los agricultores en la cadena de valor y el desarrollo de empleo derivado, reducir la tendencia a la despoblación con el desarrollo de proyectos que promuevan la fijación de población y generar atractivo que sea reclamo de nuevos habitantes, y favorecer el desarrollo de proyectos que contribuyan a promover la inclusión cubriendo las necesidades detectadas en los objetivos indicados[87]. Además, la política de «cooperación para la sucesión de explotaciones agrícolas» (Código de intervención: 7169 PEPAC), la cual tiene por objetivo búsqueda de un relevo generacional, que a través de la fijación y/o creación de empleo se logre un medio rural dinámico y una agricultura activa de manera que se pudiera combatir el despoblamiento[88].

Con un sentido valorativo de la PAC, como instrumento para combatir la despoblación, se podrían realizar las siguientes recomendaciones[89]:

1ª. La PAC tiene que fortalecer el segundo pilar, a fin de asegurar que se brinda un apoyo suficiente a las zonas rurales.
2ª. La PAC no basta por sí sola para superar todos los retos a los que se enfrentan las zonas rurales.
3ª. La PAC debiera centrarse más en la creación de empleo, y en especial de las mujeres, contribuyendo a una economía rural más diversificada en las zonas rurales, y apoyar el asentamiento de las personas; la renovación generacional de los agricultores, que sigue siendo un importante problema, o apoyar a las personas que emprendan nuevos proyectos, por ejemplo, de procesamiento de alimentos o de turismo.

Por último, otro ámbito de ayudas estatales para la lucha contra la despoblación son las que tienen una finalidad regional, y que actualmente se contienen en el mapa español de ayudas regionales que figura en el anexo para el período comprendido entre el 1 de enero de 2022 y el 31 de diciembre de 2027, aprobado por la Comisión Europea en fecha 17 de marzo de 2022.

Estas ayudas se fundamentan en la habilitación que se contiene en el artículo 107.3 TFUE[90], la cual queda condicionada al control de las ayudas estatales con el objetivo principal de que estas ayudas permitan el desarrollo regional asegurando al mismo tiempo unas condiciones equitativas entre los Estados miembros, en particular evitando la competición por las subvenciones que puede producirse al intentar atraer o conservar actividades en zonas menos favorecidas de la Unión[91].

---

[85] PEPAC. Comisión Europea (2022, p. 161).

[86] PEPAC. Comisión Europea (2022, p. 2255). La aportación global a esta política en el periodo 2023-2027 se eleva a la cantidad de 19.346.705 euros.

[87] PEPAC. Comisión Europea (2022, p. 2424). Y que está referenciada para sólo cuatro Comunidades Autónomas: Comunidad de Madrid, Castilla-La Mancha, Extremadura e Illes Balears.

[88] PEPAC. Comisión Europea (2022, p. 2451). Y que está referenciada a las Comunidades Autónomas de Principado de Asturias, Comunidad de Madrid, Castilla y León e Illes Balears.

[89] Comité Económico y Social Europeo (2021, p. 7).

[90] A través del cual se regula las ayudas de Estado compatibles con el mercado interior, en su apartado a) referidas a las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo y en el apartado c) para aquellas ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. En el Anexo de este documento se contiene el listado de las zonas a) y c) derivadas en España de la aplicación del contenido del artículo 107.3 TFUE. Y cuyo desarrollo se encuentra contenido en el Reglamento 651/2014, de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

[91] Como se recoge expresamente en las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020, Comunicación de la Comisión 2021/C 153/01, *DOUE* de fecha 29 de abril de 2021, Directriz 3. Además se añade que las ayudas de finalidad regional solo pueden ser efectivas para impulsar el desarrollo económico de zonas menos favorecidas si se conceden para inducir inversiones adicionales o una actividad económica en dichas zonas, Directriz 6.

De una forma gráfica, la distribución en España de esta tipología de ayudas públicas favorecerá, más allá del fenómeno insular, a las Comunidades Autónomas de Andalucía, Castilla-La Mancha, y Extremadura.

En definitiva, históricamente las ayudas de la UE al entorno rural han procedido de varios instrumentos financieros diferentes, de forma un tanto fracturada y desarticulada. La intervención pública solo ha logrado parcialmente mitigar el ritmo del declive de la actividad económica, la escasa accesibilidad digital, el éxodo de la juventud y la pérdida de servicios públicos fundamentales, de la artesanía rural, de la biodiversidad y del patrimonio cultural.

Reconociendo la variedad de retos a los que se enfrentan las zonas rurales, la Comisión Europea publicó en junio de 2021 una "Comunicación que establece una Visión a largo plazo para las zonas rurales de la UE hasta 2040"[92]. Esta Comunicación incluye propuestas para un Pacto Rural[93] que involucre a agentes a nivel de la UE, nacional, regional y local con el objetivo de apoyar la Visión y un Plan de Acción que impulse unas zonas rurales más fuertes, conectadas, resilientes y prósperas. También prevé la creación de un Observatorio Rural para mejorar la recogida de datos y el análisis de la situación de las zonas rurales y un Mecanismo de Verificación Rural para evaluar el impacto previsto de las principales iniciativas legislativas de la UE para las zonas rurales.

La evolución de este nuevo aporte del acervo comunitario puede ser el germen del cambio de paradigma en la actuación de la Unión Europea, para alcanzar una programación y ejecución de políticas públicas que, de forma unívoca, tengan a la reversión de la situación demográfica como protagonista principal.

3.3. La normativa con dimensión territorial

En el ámbito objetivo de aplicación del principio de dimensión territorial en la normativa reguladora de sectores estratégicos para mejorar la situación demográfica, se puede proponer el relevante ejemplo de la contratación pública.

De esta forma, empieza a percibirse en la legislación autonómica una regulación que trata de discriminar positivamente a los contratistas o productores con sede en aquellos territorios que se encuentren en una situación de despoblación[94].

Todo ello parte del entendimiento que la palanca de la contratación pública puede constituir un instrumento que fije al territorio la actividad empresarial y, por ende, la población[95]. Por ello, se pretende fomentar la inclusión de cláusulas o prescripciones técnicas en la contratación pública para discriminar positivamente a las PYMES y la posible adquisición de productos de proximidad[96], así como el acceso de las empresas ubicadas en zonas escasamente pobladas y en riesgo de despoblación[97] a la contratación pública.

Sin duda, esta regulación autonómica no puede contravenir la regulación estatal contenida en el artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en la cual se establece la posibilidad de incluir entre los criterios cualitativos

---

[92] Consultado en fecha 15-12-2022: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0345&from=EN

[93] Y que luego ha sido objeto de la Conferencia organizada por la Comisión Europea, en colaboración con el Comité Europeo de las Regiones, el Comité Económico y Social Europeo, el Parlamento Europeo, la Presidencia del Consejo Europeo y el Parlamento Rural Europeo, en Bruselas los días 15 y 16 de junio de 2022.

[94] Quizá la norma autonómica que lo haga con menor intensidad está contenida en el artículo 17 de la Ley gallega Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia, en la cual se apuesta por la utilización de los principios de desarrollo social, económico y ambiental sostenible.

[95] El artículo 21.1 de la Ley 3/2022, de 17 de marzo, de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura, establece que la contratación pública podrá constituir un instrumento para promover el desarrollo territorial equilibrado de la región por parte de las entidades integrantes del sector público de Extremadura. En un sentido semejante, el artículo 21.1 de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha dispone que el sector público de Castilla-La Mancha promoverá la utilización de la contratación pública como instrumento para luchar frente a la despoblación y promover el desarrollo territorial equilibrado de las comunidades rurales mediante el apoyo a las actividades socioeconómicas, el desarrollo empresarial, el fomento del empleo y el aprovechamiento sostenible de los recursos disponibles.

[96] El artículo 21.2 de la citada ley extremeña establece que las entidades integrantes del sector público de Extremadura, velarán por la incorporación en los pliegos de prescripciones técnicas de requisitos y características que redunden en la mejora del medio rural, propiciando la adquisición de productos de proximidad y/o amparados por figuras de calidad diferenciada regional. Pues ya antes, el artículo 21.2 de la ley autonómica de Castilla-La Mancha se refería también a propiciar con la contratación pública las adquisiciones de proximidad, la utilización de productos locales, ecológicos, frescos y de temporada, así como productos amparados por figuras de calidad diferenciada regional.

[97] Según establece el artículo 21.4 de la ley autonómica de Castilla-La Mancha.

de adjudicación, aquellos que se refieran a aspectos medioambientales tales como: la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato y, por último, el mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, apartado segundo de este precepto.

Y en el ámbito de los criterios cualitativos sociales, se incluyen, entre otros, el fomento de la integración social, la subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción, los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres, el fomento de la contratación femenina o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

En definitiva, dada la fuerte relación que la regulación estatal tiene del Derecho de la UE, debiera ser en este último ámbito normativo donde se debiera proceder a una regulación de la contratación pública europea con la inclusión de la dimensión territorial como principio de discriminación positiva para la selección de los contratistas de aquellas entidades del sector público ubicadas en territorios afectados por la despoblación.

Pues no cabe obviar que, entre los principios fundadores de la contratación pública en la UE, el artículo 18 de la Directiva 2014/24 dispone, en su apartado primero, la obligación de los poderes adjudicadores de tratar a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, considerándose que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se conciba con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

Estableciendo, su apartado segundo, que los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral. En este sentido, el artículo 202 de la Ley 9/2017 también permite el establecimiento de condiciones especiales del contrato con carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, que no tienen un carácter tasado y siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Nos movemos, en suma, en una zona de claroscuros, realmente llena de inseguridad jurídica, pero en la que existe la obligación de avanzar, pues si la Unión Europea ha querido utilizar a los contratos públicos como palanca de progreso social y ambiental y, en consecuencia, de afianzamiento como nueva forma de intervención dentro de la actividad de la Administración para garantizar valores superiores del ordenamiento jurídico tan relevantes como son la libertad, la igualdad y la solidaridad[98], a través de ellos se deberá de alcanzar también una política proactiva de la situación demográfica de aquellos territorios en riesgo de despoblación.

Desde nuestro punto de vista, el principio de igualdad en la contratación pública, que constituye la base de las normas de la Unión referentes a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos exige, en particular, que los licitadores deben encontrarse en igualdad de condiciones en el momento en que preparan sus ofertas y así favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública[99], y también exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado[100]. Lo que permitiría una discriminación positiva sobre todos los operadores económicos con sede y actividad ubicadas en las zonas despobladas de la Unión Europea, debiendo ser el grado de esta discriminación objeto de control para evaluar su proporcionalidad y efectividad para luchar contra la despoblación.

4. CONCLUSIONES

El principal desafío, para combatir la preocupante situación demográfica, consiste en garantizar la demanda de la población asentada en territorios despoblados de unos servicios públicos de calidad, así como inversiones en infraestructuras[101].

---

[98] Gimeno Feliú (2004, p. 65).

[99] Sentencia del TJUE de fecha 11 de julio de 2019, Telecom Italia, C-697/17, apartados 32 y 33.

[100] Sentencia del TJUE de fecha 17 de diciembre de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros, C-336/19, apartado 85.

[101] Estas infraestructuras presentan múltiples dimensiones, entre las que destacan la disponibilidad de servicios digitales, los servicios de educación y asistencia sanitaria, así como la oferta de ocio y cultura.

Para ello, deberá garantizarse normativamente la participación activa de las comunidades rurales en la elaboración y ejecución de las políticas públicas a través del mecanismo rural de garantía (rural proofing)[102]. En una dimensión jurídica, este mecanismo no sería sino el trasunto del principio de subsidiariedad aplicado al fenómeno de la actuación pública en el ámbito rural y en el de ciudades intermedias, asociado al principio constitucional de la autonomía local, artículo 137 CE, y que ya opera en Inglaterra, Escocia, Canadá o Australia.

También podría adicionarse, como instrumento de garantía de la calidad de vida en las zonas despobladas, el principio de «garantía de la situación actual, sin retroceso», similar a la cláusula de no regresión (cláusula standstill)[103]. Sólo así se pueden construir y garantizar las situaciones de las personas en el territorio que ocupan para un futuro a medio y largo plazo.

En un plano organizativo, las acciones públicas para luchar contra la despoblación se han venido diseñando y ejecutando, ya sea a nivel nacional o autonómico, a través de la propia estructura de las Administraciones públicas territoriales, sin tener en consideración la posibilidad de la creación de entes instrumentales con la finalidad de alcanzar el cumplimiento de este interés público. En este sentido, y de una forma muy limitada, esta actividad administrativa a través de entes especializados se puede percibir ínsita en la posible creación de Oficinas de lucha contra la despoblación que se contiene en las Directrices Generales Estrategia Nacional frente al reto demográfico[104].

En definitiva, resulta inaplazable abordar un doble desafío democrático y demográfico. La transformación demográfica presenta retos y oportunidades para nuestra democracia, algunos de los cuales se han puesto de manifiesto con la crisis de la pandemia de la COVID-19 y se volverán a exteriorizar con la actual crisis energética. Si esta transformación se gestiona correctamente, contribuirá a garantizar que nuestros sistemas de gobierno y participación sean dinámicos, resilientes e inclusivos y reflejen la diversidad de la sociedad, con independencia del ámbito territorial en que se ubiquen, garantizando la igualdad de trato a todas las personas.

Para ello, la sociedad y economía europeas, y por supuesto también las españolas, deberán convivir con un desarrollo demográfico asimétrico (rural-ciudad) con las consecuencias estudiadas en este trabajo, las cuales no pueden ser observadas como un problema actual irresoluble, sino como una oportunidad para el futuro. Para ello, resulta necesario conseguir que residan en el medio rural, en las próximas décadas, un porcentual de población superior al actual, que garantice un mínimo poblacional para la sostenibilidad de estos territorios; por lo que el reto que debe conseguirse es generar un modelo territorial más integrado y equilibrado (cohesionado), en el que se aprovechen oportunidades tales como la digitalización, la transición ecológica o el cambio de modelo de vida, con la innegociable garantía para quienes residan en las zonas despobladas de que disfruten de mejores servicios e infraestructuras que los actualmente existentes[105].

Resolver esta compleja ecuación es el más formidable reto al que se enfrenta España y la UE en los próximos decenios.

---

[102] El cual tuvo su primera plasmación en el año 2016, a través de la "Declaración de Cork 2.0. Una vida mejor en el mundo rural". Documento en el que se propuso para toda Europa este mecanismo a fin de que las comunidades rurales sean escuchadas y se tenga en cuenta su bienestar, tanto en el diseño de las políticas y los presupuestos, como en su aplicación. En este sentido, el punto 1 de esta Declaración expresa que deberá existir un mecanismo rural de garantía que asegure que este aspecto se refleja en las estrategias y las políticas de la Unión. Las políticas agrarias y rurales deberían basarse en la identidad y en el dinamismo de las zonas rurales mediante la aplicación de estrategias integradas y enfoques multisectoriales. Estas políticas deberán poner en valor la identidad rural y reforzar la sostenibilidad, la inclusión social y el desarrollo local, así como la resiliencia de las explotaciones agrícolas y de las comunidades rurales.

[103] Este principio ha tenido su origen en la doctrina francesa y se afirmó, de manera implícita, como resultado de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro en el 2012 (Río+20), en el documento denominado "El Futuro Que Queremos". En España la jurisprudencia del Tribunal Supremo puso en marcha su aplicación en el ámbito del derecho urbanístico. Actualmente, este principio ha tenido una recepción en la legislación estatal a través de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE), en la que se expresa literalmente que: «este principio de no regresión se define como aquel en virtud del cual la normativa, la actividad de las Administraciones Públicas y la práctica jurisdiccional no pueden implicar una rebaja o un retroceso cuantitativo ni cualitativo respecto de los niveles de protección ambiental existentes en cada momento, salvo situaciones plenamente justificadas basadas en razones de interés público, y una vez realizado un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos que pudieran entrar en contradicción con el ambiental. En el caso de los Estados descentralizados como España, este principio ordena también la interconexión interordinamental: ya no solo como proyección temporal entre normas anteriores y posteriores, sino en el juego de las bases de las normas ambientales, es decir, que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia puedan establecer niveles de protección más altos que la legislación básica estatal». Preámbulo, apartado III.

[104] Apartado 5.3, p. 38.

[105] Véase Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (2021, p. 265).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alario, M., Molinero, F. y Morales, E. (2018). La persistencia de la dualidad rural y el valor de la nueva ruralidad en Castilla y León (España). *Investigaciones Geográficas*, (70), 9-30. https://doi.org/10.14198/INGEO2018.70.01

Baraja, E., Herrero, D. y Martínez, M. (2021). Política Agraria Común y despoblación en los territorios de la España interior (Castilla y León). *AGER: Revista de Estudios sobre Despoblación y Desarrollo Rural (Journal of Depopulation and Rural Development Studies)*, (33), 151-182. https://doi.org/10.4422/ager.2021.16

Bello Paredes, S. A. (2020). Castilla y León vacía (vaciada): esperando a Ulises. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (13), 110-130. https://doi.org/10.24965/reala.i13.10728

Bello Paredes, S. A. (2022). Castilla y León en la España vaciada: ¿aportará soluciones el estatuto de los pequeños municipios para combatir la despoblación? *CUNAL: Revista de estudios locales*, (255) [monográfico: El estatuto del pequeño municipio. Un reto para los habilitados nacionales], 28-51.

Bermejo Vera, J. y Fernández Farreres, G. (1982). Actuaciones administrativas aisladas versus planificación: modelo urbanístico y protección del patrimonio histórico-artístico. *Cuadernos Aragoneses de Economía*, (6) (1981/1982), 129-144.

Carbonell Porras, E. (2021). ¿Un estatuto básico para los municipios pequeños?: Un comentario de urgencia. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (15), 58-70. https://doi.org/10.24965/reala.i15.10922

Comisión de Entidades Locales Senado de España (2015). *Informe de la ponencia de estudio para la adopción de medidas en relación con la despoblación rural en España*. Boletín Oficial de las Cortes Generales. http://sspa-network.eu/wp-content/uploads/BOCG_D_10_505_3392.pdf

Comisión Europea (2020, 17 de junio). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los efectos del cambio demográfico, COM (2020) 241 final*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0241

Comisión Europea (2022, 31 de agosto). *Plan Estratégico de la PAC para España*. https://www.mapa.gob.es/es/pac/post-2020/pepac-sfc2021-v12_tcm30-623871.pdf

Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Worthington, H., Simmonds, P. y Farla, K. (2018). *The silver economy: final report*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. https://data.europa.eu/doi/10.2759/685036

Comité Económico y Social Europeo (2021). *Evaluación del impacto de la PAC en el desarrollo territorial de las zonas rurales* [Documento informativo]. https://www.eesc.europa.eu/es/our-work/opinions-information-reports/information-reports/evaluation-caps-impact-territorial-development-rural-areas-information-report

Defensor del Pueblo (2019). *La situación demográfica en España. Efectos y consecuencias* [Separata del volumen II del Informe anual 2018]. https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/la-situacion-demografica-espana-efectos-consecuencias/

Defensor del Pueblo (2021). *Informe anual 2020*. https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2020/

Domínguez Álvarez, J. L. (2021). *Comunidades discriminadas y territorios rurales abandonados. Políticas públicas y derechos administrativo frente a la despoblación*. Aranzadi Thomson Reuters.

Eurostat (2016). *Urban Europe. Statistics on cities, towns and suburbs*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-books/-/ks-01-16-691

García-Moreno Rodríguez, F. (dir.) (2019). *La despoblación del mundo rural*. Aranzadi Thomson Reuters.

Gimeno Feliú, J. M. (2004). Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. En J. M. Gimeno Feliú (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública* (pp. 61-94). Atelier.

González Hernández, E. (2004). El artículo 138 de la Constitución española de 1978 y el principio de solidaridad. *Cuadernos de Derecho Público*, (21), 47-77. https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/704

INE (2020, 22 de septiembre). *Proyecciones de Población 2020-2070* [nota de prensa], https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf

INE (2022, 18 de noviembre). *Cifras de Población (CP) a 1 de julio de 2022 Estadística de Migraciones (EM). Primer semestre de 2022. Datos provisionales* [nota de prensa]. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176951&menu=ultiDatos&idp=1254735572981

López Ramón, F. (2019). La lucha contra la despoblación. *Anuario de Derecho Local*, (1), 125-147.

Martín Retortillo, S. (1966). Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa. *Revista de Administración Pública*, (50), 111-143. https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-50-mayoagosto-1966/presupuestos-politicos-y-fundamentacion-constitucional-de-la-planificacion-administrativa-2

Míguez Macho, L. (2020). Medidas de ordenación territorial y urbanística frente a la despoblación en España. *Instituzioni del Federalismo*, (2), 419-439. https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_2_2020/Macho.pdf

Ministerio de Hacienda y Función Pública (2017, julio). *Informe de la Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*. https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/SistemasFinanciacionDeuda/InformacionEELLs/Reforma_SFL.aspx

Ministerio de Hacienda y Función Pública (2021, julio). *Financiación de los municipios de más de 75.000 habitantes, capitales de provincia o de comunidad autónoma; y de las provincias y entes asimilados correspondiente al*

ejercicio 2019. https://www.hacienda.gob.es/CDI/Sist%20Financiacion%20y%20Deuda/InformacionEELLs/2019/MemoriaCesion2019.pdf

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2021). *Plan de Recuperación. 130 Medidas ante el Reto Demográfico*. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/medidas-reto-demografico/

Molinero, F. (2019). El espacio rural de España: Evolución, delimitación y clasificación. *Cuadernos Geográficos*, *58*(3) [XIX Coloquio de Geografía Rural], 19-56. https://doi.org/10.30827/cuadgeo.v58i3.8643

Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.) (2021). *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Ministerio de la Presidencia. https://futuros.gob.es/nuestro-trabajo/espana-2050#block-paginaespana2050bloque3es

Parlamento Europeo (2021). *Informe sobre la inversión de las tendencias demográficas en las regiones de la Unión mediante los instrumentos de la política de cohesión*. Disponible en. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0248_ES.html

Ré Soriano, D. y Portillo Navarro, M. J. (2011). *La participación en los tributos del estado de las entidades locales en el marco de la financiación local* [serie: Hacienda Territorial, Documento de Trabajo n.º 1/2011]. Universidad de Murcia. https://www.um.es/documents/7816384/7890156/LA+PARTICIPACION+EN+LOS+TRIBUTOS+DEL+ESTADO.pdf/eaa9dbab-bdfc-4f21-8185-433563dc433e

Rubio Guerrero, J. J. (2022). *La despoblación en España: políticas públicas presupuestarias, financieras y fiscales para su reversión* [Documento de Trabajo 5/2022]. Instituto Universitario de Análisis Económico y Social. https://iaes.uah.es/export/sites/iaes/es/.galleries/Documentos-de-trabajo/DT_05_22.pdf

Santiago Iglesias, D., Míguez Macho, L. y Ferreira Fernández, A. J. (dirs.) (2021). *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*. Aranzadi Thomson Reuters.

Sanz Larruga, F. J. (2021). Cohesión territorial, reto demográfico y dinamización rural: las limitadas pero necesarias respuestas desde el Derecho. En F. J. Sanz Larruga y L. Míguez Macho (dirs.), *Derecho y dinamización e innovación rural* (pp. 29-206). Tirant lo Blanch.

Sanz Larruga, F. J. y Míguez Macho, L. (dirs.) (2021). *Derecho y dinamización e innovación rural*. Tirant lo Blanch.

Tascón López, R. (2021). Las empresas de inserción como cauce para la sostenibilidad y el desarrollo de los terrenos rurales. En H. Álvarez Cuesta y S. Rodríguez Escanciano (coords.), *La economía social como palanca para la sostenibilidad en los territorios rurales* (pp. 437-472). Tirant lo Blanch.

Velasco Caballero, F. (2022). Despoblación y nivelación financiera municipal en el marco de la Carta Europea de Autonomía Local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (18), 6-31. https://doi.org/10.24965/reala.11092

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 03-03-2023
Modificado: 16-03-2023
Aceptado: 16-03-2023
Prepublicado: 22-03-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11196
Páginas: 148-171

Referencia: Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (2023). Municipios y patrimonio cultural: hacia un posible reajuste del sistema de protección de los bienes culturales inmuebles. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 148-171. https://doi.org/10.24965/reala.11196

Municipios y patrimonio cultural: hacia un posible reajuste del sistema de protección de los bienes culturales inmuebles

Local authorities and cultural heritage: towards a possible readjustment of the cultural buildings protection system

Sánchez-Mesa Martínez, Leonardo J.
Universidad de Granada (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9908-6438
lsmesa@ugr.es

NOTA BIOGRÁFICA

PTU de Derecho Administrativo. Director del GIA-SEJ169 Derecho y Bienestar Social. Miembro del Instituto Universitario de Investigación de Desarrollo Regional y de la Red de Expertos en Patrimonio Cultural *PatrimoniUN10* (Proyecto CEB09-0032, programa CEI, del que fuera coordinador en la UGR). Cargos ejercidos: Director del Patrimonio Mueble (UGR) y miembro del Consejo Andaluz del Turismo (como experto universitario en Patrimonio).

RESUMEN

La presente aportación pretende evidenciar la necesidad de una revisión del sistema de protección del Patrimonio cultural inmueble en un contexto marcado por la inflación de las realidades protegidas que pone en riesgo la eficacia de un modelo excesivamente centralizado en cada C. A., y que presenta a los Ayuntamientos como entidades colaboradoras sometidas a una intensa tutela externa en su operar. El reconocimiento de mayores espacios a la autonomía local en este ámbito puede aportar no sólo un sistema de tutela más eficaz y ágil, sino también más coherente y coordinado con el protagonismo que corresponde a los Municipios en materia urbanística (particularmente, en la autorización y control de intervenciones). El análisis de la evolución de las diversas Leyes de Patrimonio cultural vigentes (donde el modelo de la LPHE ha ejercido gran influencia) revela cierta resistencia al abandono de sistemas de tutela centralizados. Es posible, sin embargo, identificar concretas experiencias regionales en sentido contrario, así como recientes aportaciones, aquí analizadas, que se hallan resueltas a dar un paso más decidido a favor de una mayor descentralización de competencias sobre el nivel local.

PALABRAS CLAVE

Patrimonio cultural; autonomía local; autorización cultural; licencia urbanística.

ABSTRACT

The present contribution aims to highlight the need for a revision of the cultural heritage protection system, into a context defined by the inflation of protected buildings that jeopardizes the effectiveness of the traditional model (excessively centralized by each regional administration, and which presents the City Councils as collaborating entities fully subject to intense external tutelage). The recognition of larger spaces for local autonomy in this area can provide not only a more effective and agile protection system, but also one that is more coherent and coordinated with the leading role to be played by local authorities in urban planning matters (particularly concerning the authorization and control of interventions). A close

analysis of the evolution of the various cultural heritage acts in force (where the LPHE model has had a great influence) reveals a certain resistance to abandoning centralized protection systems. It is possible, however, to identify specific regional experiences in the opposite direction, as well as recent contributions that are determined to take a more decisive step in favor of a wider decentralization of competences to the local level.

KEYWORDS

Cultural heritage; local autonomy; cultural authorization; urban planning license.

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN. 2. LAS ADMINISTRACIONES LOCALES EN EL MODELO DE LA LPHE: DESAJUSTES CON EL CONTEXTO ACTUAL Y ARGUMENTOS PARA UN MAYOR PROTAGONISMO LOCAL. 2.1. LOS MUNICIPIOS: UN COLABORADOR CRUCIAL, PERO FÉRREAMENTE TUTELADO. 2.2. UN CONTEXTO MUY DISTINTO, CASI 40 AÑOS DESPUÉS: NECESARIO REPLANTEAMIENTO DEL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES. 3. CORRECCIONES PUNTUALES OPERADAS DESDE LAS LEYES SECTORIALES AUTONÓMICAS: NUEVOS ESPACIOS PARA LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL. 3.1. SINGULARIDADES EN LAS PRIMERAS GENERACIONES DE LEYES AUTONÓMICAS DEL PATRIMONIO CULTURAL. 3.1.1. La incorporación de figuras de protección específicas para el Patrimonio Local. 3.1.2. La previsión expresa de la posibilidad de delegación puntual en los Municipios de la competencia para autorizar intervenciones. 3.1.3. Atenuación del régimen de la autorización cultural preceptiva en concretas categorías de protección secundarias: el ejemplo de los Bienes Inventariados inmuebles en Castilla y León. 3.1.4. Ampliando espacios para la licencia urbanística en los entornos de protección de Monumentos BIC: de la antigua Ley andaluza a las soluciones de Cantabria y Extremadura. 3.1.5. Las exenciones de autorización cultural para concretas intervenciones en BICs: la reforma de la Ley valenciana y el intento (parcialmente) fallido de Ley madrileña. 3.2. LAS MÁS RECIENTES TENDENCIAS EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LOS REGÍMENES AUTONÓMICOS DEL PATRIMONIO CULTURAL. 3.2.1. El régimen de las excepciones a la autorización cultural en la nueva Ley gallega: compendio de las experiencias previas y novedades que las implementan. 3.2.2. Sustitución de la autorización cultural por la comunicación previa: su expansión ante concretas intervenciones y en los entornos de los bienes protegidos. 3.2.3. Nuevas fórmulas para graduar la protección: imitando la flexibilidad de los Catálogos Urbanísticos. ¿Mayores espacios para la licencia urbanística? 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. PRESENTACIÓN

No albergamos duda de que la mejor forma de presentar este estudio pasa por la lectura inicial del siguiente extracto del preámbulo de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia, una de las normas más recientemente aprobadas en el sector que aquí analizaremos:

> «La tradicional centralización de la gestión pública del patrimonio, con motivo de la alta pericia técnica y la necesidad del dictamen experto, no contribuye al sentimiento de proximidad e identificación de la ciudadanía con el patrimonio cultural, que de alguna manera le pertenece como expresión de la identidad colectiva en la que se inserta. El protagonismo reconocido a los ayuntamientos forma parte de esa segunda ola descentralizadora, a la que las políticas públicas en el ámbito del patrimonio cultural no deben ser ajenas. Solo una visión paternalista, dirigista e intervencionista puede mirar con desconfianza el papel relevante de los ayuntamientos, que, lejos de ser tutelados, deben ejercer un grado de autonomía local reconocida constitucionalmente también en materia de patrimonio cultural en defensa legítima de sus intereses. La Administración local gallega ha demostrado un grado de madurez y responsabilidad que el legislador autonómico debe reconocer mediante la configuración de procedimientos administrativos de proximidad que la hagan interlocutora eficaz y eficiente ante las vecinas y los vecinos de las diversas localidades que caracterizan nuestro país. Seguir protegiendo y conservando el patrimonio cultural de espaldas a los ayuntamientos implica, a la postre, hacerlo de espaldas a la propia ciudadanía».

Se trata, sin duda, de toda una declaración de intenciones que viene a reclamar con vehemencia un mayor protagonismo para los Municipios en el ámbito de la tutela del Patrimonio cultural. El nuevo enfoque que de la misma se deriva –como veremos, también presente, en mayor o menor medida, en otras Leyes autonómicas que regulan el sector– requiere que, de partida, nos cuestionemos su justificación y oportunidad.

Bien podríamos afirmar que el mismo encuentra inspiración en las consignas y principios de múltiples instrumentos internacionales que, desde hace tiempo, preconizan la garantía del necesario protagonismo de las instancias locales en la intervención pública en general, y en materia de Patrimonio cultural en particular (Sánchez Luque, 2003; Martínez Justicia y Sánchez-Mesa Martínez, 2009; Sánchez-Mesa Martínez, 2013). De otro lado, su dictado constituye una evidente reacción ante el excesivo centralismo imperante en el diseño de nuestros tradicionales sistemas de protección del Patrimonio, con el modelo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE) a la cabeza, en cuanto norma de referencia para el sector en nuestro país. Cabe también, sin embargo, que nos cuestionemos si tras esa «segunda ola descentralizadora» referida en el texto no esté latiendo algo más: una toma de conciencia, más pragmática que política, que pone su mirada en la necesidad de corregir las deficiencias evidenciadas en la praxis administrativa de los últimos años (donde los excesos en el ejercicio de la potestad de declaración de Bienes de Interés Cultural han resultado determinantes) y su grave impacto, ya no sólo en la autonomía de los Municipios para gestionar su Patrimonio cultural, sino en el normal ejercicio de las competencias urbanísticas que le son propias, si no en toda, sí en buena parte de su área urbana. No se trata tan sólo de que la ciudad cultural no termine «secuestrada» por un centro de decisiones que se aleja de ella, sino también del hecho de que dicho centro haya dejado de ser ágil y eficaz. Algo más puede, pues, residir detrás de este nuevo impulso de la descentralización, de esta relectura del principio de subsidiariedad: una solución, en forma de reajuste, para un sistema de protección del Patrimonio que está quedándose obsoleto. No se tratará sólo de recuperar espacios para la autonomía del Municipio –aquí desdibujada por la omnipresencia de los órganos autonómicos competentes en materia de cultura–, sino de racionalizar el propio sistema y sus instrumentos para garantizar su eficacia, de apostar por diseños que favorezcan la eficiente implicación de las diversas Administraciones en el ejercicio de sus competencias y el carácter gradual de la intensidad de la intervención pública (González-Varas Ibáñez, 1998, p. 53).

No cabe duda de que el ejercicio de las competencias en materia de Patrimonio cultural puede condicionar legítimamente el urbanismo (Alonso Ibáñez, 2005, pp. 13 y ss.), pero no parece razonable que pueda llegar a justificar situaciones de verdadero bloqueo de la autonomía que asiste al Municipio en esta faceta (algo no imposible a la luz del severo régimen estatal), ni inteligente que en la protección del Patrimonio edificado se desaprovechen las propias virtudes ínsitas en la competencia urbanística local y sus instrumentos, por norma general más flexibles y ágiles.

El presente trabajo, trazado desde un análisis normativo que parte del Derecho estatal para profundizar después en el análisis comparado del Derecho autonómico, regresará inevitablemente sobre temas que han resultado capitales para la doctrina en la materia, como el impacto de la ampliación del concepto jurídico de Patrimonio cultural y del exceso de declaraciones de bienes protegidos (Fernández Rodríguez, 2001; López Ramón, 2003), o como la necesaria articulación de una adecuada coordinación entre los sectores del Patrimonio cultural y del Urbanismo, verdadera «piedra angular en cualquier diseño de la organización administrativa de los bienes culturales» y merecedora de que se activen «cuantas reformas jurídicas sean necesarias para su consecución» (Barrero Rodríguez, 1997, pp. 87 y 99).

En un estudio de las dimensiones del presente, resultaba imposible plantear un análisis exhaustivo del rico conjunto de instrumentos y procedimientos que presenta la regulación del sector que nos ocupa, razón por la cual se ha optado por concentrarlo en una concreta parcela: la autorización de intervenciones en los inmuebles protegidos. Dicha elección se justifica tanto por la evidente trascendencia que cobra este instrumento en la ejecución del régimen de control y protección del Patrimonio, como por su idoneidad para evaluar el grado de protagonismo efectivo que espera a cada Administración en su puesta en práctica. En la fluctuación que han venido experimentando los espacios de operatividad reconocidos a la autorización cultural, de un lado, y a la licencia urbanística de otro, puede mensurarse efectivamente el grado de descentralización que presenta el entero sistema.

La estructura del estudio vendrá marcada por cuatro pasos, coincidentes con los epígrafes principales en los que el mismo se organiza.

En primer lugar, se identificará la competencia de los Municipios en materia de Patrimonio cultural y se expondrá el alcance con el que la misma es concretada por la LPHE. Comprobaremos, en dicho sentido,

que esta última ha distado mucho de interpretar generosamente los títulos competenciales reconocidos a las EELL en la normativa vigente en materia de autonomía local, ya sea en lo referido específicamente al ámbito del Patrimonio (donde los Municipios han sido tradicionalmente instrumentalizados por las Administraciones estatal y autonómicas, verdadero centro neurálgico de la actuación pública dispuesta para el sector) como, por su estrecha conexión, al del Urbanismo (donde los efectos condicionantes del ejercicio de la competencia cultural son más que evidentes). El modelo de la LPHE parte de un esquema fuertemente centralizado, primeramente, en torno al Estado y, más tarde, en torno a la Comunidad Autónoma, que terminará por convertirse en protagonista casi absoluta no sólo en la ejecución de la normativa sectorial sino en el propio diseño de esta última (Sánchez-Mesa Martínez, 2003).

En segundo lugar y a los efectos de poder evaluar la idoneidad que presenta hoy en día el modelo estatal, se ofrecerá una aproximación al contexto presente de la intervención pública en materia de protección del Patrimonio cultural edificado, donde se atenderá especialmente al análisis de dos factores que han de resultar determinantes para nuestro análisis: el fenómeno de la profusión de declaraciones de bienes protegidos durante la vigencia de la LPHE y el grado de especialización técnica adquirido en este período por los Municipios.

Evidenciados los desajustes que presenta un modelo estatal alumbrado hace ya casi cuarenta años, el tercer apartado del trabajo abordará el análisis del Derecho autonómico. Su objetivo es el de identificar y clasificar las puntuales correcciones o modulaciones que, con respecto al modelo de la LPHE, han ido introduciendo las Leyes sectoriales autonómicas en materia de Patrimonio cultural. Dicho análisis, que pretende seguir un cierto orden secuencial (terminando con las más recientes novedades), se centra particularmente en la relación entre autorización cultural y licencia urbanística, identificando y valorando las precisiones que han ido acotando el alcance de la primera y aumentando el papel de la segunda como instrumento habilitado para poner en práctica el control de las intervenciones que afectan a los bienes protegidos.

Por último, procederá una valoración crítica de conjunto, que procurará ofrecer algunas claves para el conveniente reajuste de un sistema de protección que, con cada avance que experimenta, evidencia aún más la necesidad de arbitrar una participación más activa de las Administraciones más cercanas a la ciudad y al ciudadano.

2. LAS ADMINISTRACIONES LOCALES EN EL MODELO DE LA LPHE: DESAJUSTES CON EL CONTEXTO ACTUAL Y ARGUMENTOS PARA UN MAYOR PROTAGONISMO LOCAL

La imbricada relación existente entre Urbanismo y Patrimonio cultural hacía inexcusable que las Administraciones locales que protagonizan el primero de estos ámbitos de intervención pública (en esencia, los Municipios), fuesen contemplados de algún modo también en el segundo, al menos por cuanto respecta a la protección del Patrimonio edificado.

La concreción del efectivo reconocimiento de las competencias de los Municipios en este sector fue operado ya por el texto original de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), comprendiendo, en su art. 25.2 e), el título competencial referido a «Patrimonio histórico-artístico», previsión que, ya de por sí, confirmaba, cuando menos, la imposibilidad de excluir a los Municipios de todas las competencias relativas al Patrimonio histórico (Bermúdez Sánchez, 2019, p. 77). Esta referencia genérica, siempre condicionada en sus términos y alcance por el desarrollo legislativo que después dispusiera la legislación sectorial estatal y autonómica, fue objeto de una reformulación más precisa tras la revisión del texto legal operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. A resultas de la misma, la referencia al Patrimonio pasa al primer apartado del listado de competencias reconocidas, integrándose en el título competencial referido al Urbanismo:

> «Art. 25. […] 2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:
>
> a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.».

Esta nueva redacción, coherente con el espíritu de la reforma («clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio "una Administración una competencia"»), permite acotar el alcance de la competencia municipal en este apartado, quedando la misma vinculada al marco de las competencias urbanísticas (referida en esencia, por tanto, a los bienes de carácter inmueble) y centrada en dos concretas acciones o cometidos: la «protección» y la «gestión». La lectura que se desprenda de esta «reubicación» de las competencias municipales en materia de Patrimonio cultural, sin embargo, no queda del todo clara: ¿cuenta el Municipio con unas competencias propias en este ámbito, capaces de otorgarle ciertos márgenes de autonomía con respecto a la gestión y protección de esos bienes, o bien se pretende insinuar que si el mismo cuenta con algún tipo de competencia sobre el Patrimonio edificado es únicamente como consecuencia indirecta del inevitable impacto que sobre éste determinan sus competencias urbanísticas? No parece razonable, en este sentido, llevar a cabo una interpretación restrictiva, más aun atendiendo a la capacidad reconocida al Municipio, en el primer apartado del precepto referido, para «promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal», algo a lo que sin duda recurrirán, por cuanto al sector que nos interesa, los Municipios más destacados por su riqueza Patrimonial (de hecho, algunas Leyes sectoriales del Patrimonio cultural les estimulan expresamente en dicho sentido)[1]. Además, con respecto a este tipo de Municipios, algunas Leyes autonómicas en materia de autonomía local han previsto concretas fórmulas que permitirán distinguirlos cualificadamente y sobre las que podrían construirse modelos específicos que les doten de un mayor protagonismo acorde con su idiosincrasia[2].

En todo caso y regresando sobre la pregunta apenas formulada, la valoración del efectivo cariz que adquirirán las competencias municipales en este ámbito va a requerir volver la mirada hacia el régimen sectorial procurado por la LPHE.

2.1. Los Municipios: un colaborador crucial, pero férreamente tutelado

En el texto original de la LPHE, comparativamente con los de buena parte de las Leyes autonómicas del Patrimonio cultural, no abundan las referencias expresas al papel de los Municipios en la ejecución de la norma. Ello, sin embargo, no resta para poder afirmar que dichas referencias presenten un calado muy importante, resultando reveladoras de la trascendencia de la participación local en la puesta en práctica de la norma e impactando especialmente en apartados tan capitales como la planificación y autorización de intervenciones en los inmuebles protegidos.

La LPHE parte de una proclamación expresa del deber de los Ayuntamientos de cooperar con los organismos competentes en la ejecución de la Ley, que se concretará, conforme al art. 7, en los cometidos de notificar «cualquier amenaza, daño o perturbación de la función social que tales bienes sufran, así como las dificultades y necesidades que tengan para el cuidado de estos bienes» y en la efectiva adopción de «las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción».

Esta colaboración cobra especial reflejo en una de las principales novedades de la Ley, llamada a operar un cauce de coordinación entre el ejercicio de la competencia urbanística local y la propia de las autoridades competentes en Cultura: la articulación de los Planes Especiales de Protección para los BICs declarados bajo las modalidades de Conjunto Histórico, Sitio Histórico y Zona Arqueológica. En este apartado, el art. 20 LPHE determinará la obligación, para el Municipio o Municipios en que se encontraren aquellos, de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración, quedando su aprobación definitiva sometida a informe favorable por el organismo competente en materia de Cultura.

En lo referente al apartado de las licencias urbanísticas, el esquema de la LPHE dispone un fuerte intervencionismo de la Administración cultural, condicionando la validez de aquellas a su conformidad con

---

[1] Un ejemplo de mandato proactivo nos viene ofrecido por el art. 5.3 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, donde se recoge que «Las Entidades Locales potenciarán políticas municipales de protección, fomento, difusión y disfrute del patrimonio cultural, histórico y artístico existente en su territorio».

[2] Nos referimos aquí a casos como los de los «Municipios Histórico-Artísticos» de Cataluña (art. 76 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña) o los «Municipios Monumentales» de Aragón (art. 59 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón) y de La Rioja (art. 48 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja), a los cuales haremos referencia más adelante.

la autorización cultural (art. 23.1 LPHE). De este modo, los supuestos en los que un Ayuntamiento podría otorgar, de forma autónoma y con plena validez, licencias urbanísticas que afecten a un bien protegido o situado en el entorno del mismo se reducen, limitándose a las intervenciones proyectadas en los anteriormente aludidos bienes de conjunto que contaran con un Plan Especial de protección ya aprobado (con el requisito añadido, dispuesto en el art. 20.4 LPHE, de notificar a la Administración cultural competente su concesión en el plazo máximo de 10 días tras su otorgamiento). Es más, incluso en este escenario se plantean excepciones: en los casos de concretos inmuebles declarados Monumento o Jardín Histórico o situados en el entorno de los mismos que se hallaran comprendidos dentro de los bienes de conjunto, aun hallándose en vigor el Plan Especial requerido, resultaría inexcusable la previa autorización de la Administración cultural (que se proyectaría sobre cualquier «obra interior o exterior», así como sobre la colocación en ellos de «cualquier clase de rótulo, señal o símbolo»). Así se desprende de cuanto dispuesto en los arts. 19 y 20.4 LPHE.

A todo ello se suman otras previsiones que refuerzan la aludida preferencia de la autorización cultural y, en general, el protagonismo conferido a la Administración competente para otorgarla. Hallamos, en este sentido, el deber de suspensión de las licencias municipales y de los efectos de las ya otorgadas ante la incoación de expedientes BIC (art. 16.1 LPHE); el deber de someter a resolución favorable previa de la Administración cultural todas las licencias de obras y la ejecución de las ya otorgadas desde la declaración de Conjunto, Sitio o Zona hasta la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento obligatorio (en relación con los inmuebles comprendidos dentro del perímetro de la declaración, conforme al art. 20.3 LPHE); el deber de someter a autorización previa toda licencia de obras o movimiento de tierras en Sitios o Zonas Arqueológicas (art. 22 LPHE) o cualquier cambio de uso de bienes declarados (art. 36.2 LPHE); así como los deberes de notificación, a favor de la Administración cultural, de la eventual incoación de expedientes de declaración de ruina iniciados en bienes incoados o declarados (art. 24 LPHE, donde se confiere a dicha Administración legitimación para intervenir como interesada) y de los acuerdos locales determinantes de la expropiación de BICs (conforme a los supuestos del art. 37.3 LPHE, donde se reconoce su «prioridad en el ejercicio de esta potestad»). Asimismo, la Ley proclama no sólo la competencia de los Ayuntamientos para ordenar la eventual demolición de las obras realizadas en incumplimiento del régimen de licencias impuesto y, en su caso, la reconstrucción de lo perdido (art. 22 LPHE), sino su posible responsabilidad en caso de haber otorgado licencia urbanística contraviniendo el régimen dispuesto en la LPHE (art. 20.4 LPHE in fine).

A la luz de este breve resumen, comprobamos que el papel aquí otorgado a los Municipios se concreta en un conjunto de posiciones activas y pasivas que no les permite trascender de la condición de «meros órganos colaboradores o cooperadores», caracterización que ha sido también tradicionalmente confirmada por la jurisprudencia (Abad Liceras, 2003, pp. 26 y ss.). Sin dejar de tener bien presente la trascendencia que reviste dicho rol de los Municipios en la ejecución de cuanto dispone la LPHE para la protección del Patrimonio inmueble, sí que cabe cuestionarse los motivos que pudieron impulsar un diseño legal que, sin prescindir de su concurso, terminara por dejar tan escaso margen de autonomía a los mismos, hasta el punto de apostar por una «prevalencia completa, en definitiva, de las soluciones previstas por la legislación del Patrimonio Cultural y aplicadas por la Administración del Patrimonio Cultural» (López Ramón, 2003, p. 540), algo que cobra reflejo, particularmente, en la relación existente entre la autorización cultural y licencia urbanística (Bermúdez Sánchez, 2019, pp. 236 y ss.). Dichos motivos, al menos los más relevantes, bien podrían clasificarse en dos grupos: de un lado, aquéllos derivados de la percepción, muy negativa, del papel tradicionalmente desempeñado por dichas entidades en el pasado reciente (arrastrada hasta el propio contexto de la aprobación de la LPHE) y, de otro, la probable inconsciencia del impacto real que, en términos cuantitativos, iba a acabar presentando el alcance material del régimen jurídico dispuesto para la protección del Patrimonio (que, atendiendo a la letra y espíritu de la Ley, no podía preverse tan expansivo).

En cuanto al primer motivo, doctrina autorizada ha identificado en este ámbito claras tensiones entre el poder central y los poderes locales que, derivadas ya de concepciones diferenciadas en cuanto a la protección de los bienes, ya de intereses prioritarios no siempre coincidentes, han determinado que, incluso desde las primeras experiencias normativas anteriores al s. XX, los Ayuntamientos fuesen objeto de una especial vigilancia en el impacto que del ejercicio de sus competencias pudiera derivarse sobre el Patrimonio protegido (García Fernández, 1997, pp. 53-54). Ante una Administración cultural muy limitada en sus medios y capacidad de intervención, los numerosos casos de destrucción del Patrimonio edificado, por mor de un «desarrollo urbanístico mal entendido» apoyado en el impulso dado desde las esferas locales a la necesaria

modernización de los núcleos urbanos en los años cincuenta, abundarían en la consolidación de la aludida desconfianza (Álvarez Álvarez, 2004, pp. 590-591).

Esta percepción, lejos de haber cesado en el propio contexto inmediato a la aprobación de la LPHE, va adquiriendo nuevas vertientes en las últimas décadas del s. xx, como la marcada por los fenómenos de especulación urbanística (Álvarez Álvarez, 2004, p. 592-593) o la pujanza del turismo cultural (García Fernández, 1997, p. 71), cuyo fomento desde el ámbito local no siempre adquiere líneas coherentes con la protección del Patrimonio ni con el propio fin y sentido de los instrumentos dedicados a su tutela (Sánchez-Mesa Martínez, 2019, p. 75).

A todo ello se suma un factor añadido –y no menor–, como es la necesaria especialización de las Administraciones culturales, en general, y de los Ayuntamientos en particular, por cuanto afecta a esta concreta área de la intervención pública. Las Administraciones locales presentaban aquí un claro déficit en los momentos en los que se diseña y aprueba el texto de la LPHE, rasgo que también presidirá los primeros años de aplicación de su régimen. Si la integración efectiva de especialistas y profesionales, la mejora de la formación permanente entre los técnicos o la deseable garantía de su concurso en momentos capitales de la ejecución del sistema de tutela (por ejemplo, en la propia identificación, valoración y declaración de los bienes) eran necesidades identificadas en las nuevas Administraciones culturales democráticas ya en los primeros momentos de aplicación de la LPHE (Barrero Rodríguez, 1997, p. 98), tanto más lo eran en el caso de las Administraciones Locales. Piénsese que, si bien la conciencia tutelar sobre el Patrimonio podía entenderse bien consolidada en el diseño legislativo sectorial propiciado a raíz del nuevo ordenamiento democrático de 1978, el grado de especialización de nuestras Administraciones aún dejaba que desear en el ámbito que nos ocupa, donde la garantía de la interdisciplinariedad resulta crucial (Sánchez-Mesa Martínez, 2018, pp. 457 y ss). Estas carencias, particularmente acusadas en las estructuras municipales (donde no sólo se requeriría la presencia de arquitectos, sino también de otros perfiles profesionales: historiadores del arte, arqueólogos, restauradores, etc.), no permitía identificar en las mismas un centro de imputación de competencias idóneo por cuanto afectara a la protección del Patrimonio cultural.

Por cuanto afecta al segundo factor, que identificábamos en la impredecible evolución de la praxis ejecutiva del sistema de protección previsto en la LPHE y su posterior desarrollo, han de tenerse claros los puntos de partida de este último. En primer lugar, el de la LPHE se trata de un modelo normativo de protección orientado, ya en sus orígenes, al fin de proteger *los bienes más relevantes*, los más singulares (lo que, a priori, incitaba a pensar en los Bienes de Interés Cultural o BICs como una categoría reservada a un número reducido y selecto de bienes). En coherencia con dicho rasgo, la norma se caracterizaba (al igual que su predecesora) por la previsión de graves técnicas de limitación (que más que relajarse, se han venido implementando en el propio Derecho autonómico sectorial), justificadas en la singularidad de los valores de lo que habría de ser un conjunto muy seleccionado de bienes (Alonso Ibáñez, 2014, p. 25; Fernández Rodríguez, 2001, pp. 249-250)[3]. Este planteamiento, en principio, también resultaba coherente con la opción de centralizar el grueso de la competencia normativa y ejecutiva en la Administración cultural, pues su grado de incidencia en el ámbito competencial local referido al Urbanismo (por cuanto afecta al Patrimonio inmueble) podía preverse puntual y bastante acotado, por tanto.

En suma, no parece difícil encontrar motivos que justificaran, en su momento, la razonabilidad de un diseño institucional y competencial que, como el planteado por la LPHE, redujera considerablemente el margen de autonomía de los Municipios y demás EELL en su efectiva ejecución. Cuestión distinta es si, transcurridos ya casi cuarenta años de su vigencia, dichos motivos subsisten, tanto a la luz de la evolución del sistema jurídico previsto para la Protección del Patrimonio como a la del progreso experimentado por la propia Administración local en su organización, especialización y experiencia relativas a este concreto sector.

[3] Debe recordarse que la LPHE es heredera de la Ley de 13 de mayo de 1933, sobre defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional, la cual, en el marco de su contexto histórico, centraba su atención sobre el riesgo de abandono y expolio de los bienes como principales amenazas. La LPHE, que recepciona la batería de herramientas dispuestas para responder ante aquéllas, incorpora ahora la preocupación por los efectos del desarrollo y la especulación urbanística propios de los años 70 y 80. En virtud de estas prioridades y sin perjuicio del nuevo impulso del enfoque social pretendido para el modelo estatal de 1985 (claramente expresado en su propio Preámbulo), éste, al igual que sus precedentes, nos ofrece un texto normativo particularmente concentrado en la faceta de la protección y de la conservación, dejando en un segundo plano otros fines.

2.2. Un contexto muy distinto, casi 40 años después: necesario replanteamiento del papel de las Administraciones locales

Volviendo la mirada hacia el presente, la actual ordenación del Patrimonio cultural en nuestro país ofrece un panorama muy diferente al que podría haber resultado previsible a la luz de los planteamientos que presidieron sus orígenes. La progresión de las variantes propuestas desde la legislación autonómica y el exponencial crecimiento del número de bienes sometidos a protección han llevado a un sobredimensionamiento del entero sistema que, en no pocos perfiles, ha determinado desajustes importantes en su propio diseño y en su efectiva coordinación con otros sectores, así como en su ejecución, comportando una evidente sobrecarga de competencias en concretos niveles administrativos (particularmente, en la Administración autonómica) y los consiguientes problemas de eficacia, eficiencia y operatividad de la intervención administrativa.

Aunque son múltiples los factores que han contribuido a la configuración del escenario actual, el grueso de la doctrina concentra su atención en la combinación de dos de ellos, donde se aúnan, de un lado, un rasgo central de su diseño y, de otro, una pauta que ha marcado de forma crucial la propia ejecución del modelo. Nos referimos a la progresiva ampliación del concepto jurídico de Patrimonio Cultural [donde las innovaciones legislativas autonómicas han pesado especialmente (López Ramón, 2003, pp. 537 y ss)], así como la inflación de declaraciones acaecidas en nuestro país, particularmente a partir de los años 90, momento en el que las CC.AA ven consolidada su competencia al efecto gracias a los dictados de la STC 17/1991, de 31 de enero, así como a la inmediatamente posterior concreción legislativa del alcance de la competencia estatal de defensa contra expolio –fuertemente contraída en su configuración definitiva– operada por el RD 64/1994, de 21 de enero (Sánchez-Mesa Martínez, 2003).

Esta dupla de factores, en efecto, ha contribuido a extender, de manera determinante, el marco de aplicación de aquellas duras limitaciones presentes en la LPHE, pensadas para la conservación de «unos pocos bienes», a multitud de ellos. Si bien es cierto que, en los últimos años, se está produciendo cierta desaceleración en el ritmo de declaraciones (en lo que afecta a los inmuebles), no lo es menos que su número no ha dejado de crecer y que, a la luz de los datos aportados en la siguiente tabla, el incremento total de bienes dotados con la máxima protección (BIC), resulta verdaderamente llamativo.

Tabla 1. Evolución de las declaraciones de BIC en España (2000-2020)[4]

Modalidad BIC	2000	2000-2010		2010-2020	
	N.º de bienes	Incremento	N.º de bienes	Incremento	N.º de bienes
Monumentos	12.001	+ 1.704 (14,2 %)	13.705	+ 216 (1,6 %)	13.921
Conjuntos Históricos	727	+ 146 (20 %)	873	+ 104 (11,9 %)	977
Sitios Históricos	135	+ 152 (112,6 %)	287	+ 435 (151,6 %)	722
Zonas Arqueológicas	671	+ 433 (64,5 %)	1.104	+ 1.169 (105,9 %)	2.273
Jardines Históricos	78	+ 14 (17,9 %)	92	– 4 (– 4,3 %)	88
TOTAL BICs inmuebles	**12.962**	**+ 3.099 (23,9 %)**	**16.061**	**+ 1.920 (12 %)**	**17.981**

Fuente: Elaboración propia conforme a los datos obtenidos del Anuario de Estadísticas Culturales del Ministerio de Cultura y Deporte.

[4] La tabla es de elaboración propia, a partir de los datos ofrecidos por el Anuario de Estadísticas Culturales, publicación periódica a cargo de los Ministerios competentes en materia de cultura (accesible actualmente en el sitio web del Ministerio de Cultura y Deporte y con datos disponibles desde el año 2000 en adelante: https://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/cultura/mc/naec/portada.html último acceso: 28-02-2023). Algunas variaciones registradas (como el llamativo decrecimiento de Jardines Históricos declarados acecido en la última década) son fruto de procesos de revisión de los listados en algunas CC.AA.

En los últimos años, destacan muy especialmente los incrementos manifestados en las categorías de Zona Arqueológica y Sitio Histórico, siendo bastante más contenido en la de Monumentos. No contamos con datos oficiales de la evolución de las declaraciones desde la entrada en vigor de la LPHE (1985) hasta el año 2000, donde sabemos que el crecimiento de las mismas fue especialmente acusado tras adquirir las CC.AA competencia para operarlas (a resultas de los dictados de la STC 17/1991). Pueden valernos, como muestra, las cifras referidas a Conjuntos Históricos recabadas por Fernández Rodríguez (2001, p. 247), que contabilizan en 360 los bienes declarados bajo dicha categoría en 1985. Considerando que en el año 2000 se computaban un total de 727, ello da un incremento de un 101,9 % en sólo 15 años (que tiene lugar esencialmente a partir del año 1991, pues el autor destaca que en el período 1985-1991 tan sólo se declararon un total de 3, a cargo del Estado). La incidencia específica de estas declaraciones presenta un impacto cualificado en el panorama que analizamos, dado que –recordémoslo– constituyen una modalidad destinada a aplicarse sobre áreas territoriales, normalmente de carácter urbano (cascos antiguos, barrios históricos, etc.), razón por la que terminan impactando en un número elevado de inmuebles.

Pero, al margen de ese concreto ejemplo, puede bastarnos referir, como cálculo revelador de la dimensión de estos datos, que en España contaríamos hoy con una ratio aproximada de un BIC declarado por cada 2.500 habitantes (contabilizando tan sólo los inmuebles y siendo conscientes de que un importante número de ellos son bienes de conjunto que engloban, a su vez, un importante volumen de edificaciones), o, si queremos referirnos a una categoría específica, de un Monumento declarado por cada 3.400 habitantes. Como es evidente, esta hiperinflación de declaraciones BIC propiciará graves desajustes en la propia esencia conceptual y funcional de un modelo de protección que, en la intensidad de sus previsiones y en su reparto competencial, estaba pensado para ser aplicado a un ámbito objetivo más reducido.

Junto a todo ello, la idea original de proteger unos pocos bienes muy relevantes resultaba coherente con la de interpretar esta normativa como un ejemplo modélico de *régimen especial*, capaz de desplazar a otras normas sectoriales, otorgándole al mismo una suerte de primacía incuestionable (López Ramón, 2003, p. 540). Pero este planteamiento, sumado a los rasgos anteriores (expansión del concepto, inflación de declaraciones, enfoque centrado en la conservación) termina por convertir a las duras limitaciones que contiene en obstáculos con frecuencia desproporcionados hacia cualquier fin que trascienda la mera conservación del Patrimonio. A la par, una Administración como la de Cultura, claramente limitada en medios (más aún dadas las circunstancias apuntadas), se configura aún como una Administración dotada en su operar de una singular incidencia sobre otros sectores (muy particularmente, sobre el urbanístico), no habiéndose caracterizado precisamente por favorecer enfoques transversales o mecanismos de coordinación administrativa en todos ellos.

Por cuanto afecta a los Municipios y el ejercicio de sus competencias urbanísticas, cabe valorar que el mecanismo de coordinación arbitrado por el art. 20 LPHE, referido más arriba, se manifiesta oportuno para favorecer tanto la mayor autonomía de los Municipios en la ejecución de la Ley y de sus propias competencias relativas a la concesión de licencias urbanísticas como una mayor agilidad de los procedimientos, pero resulta insuficiente, toda vez que se activa la excepción para la autorización de intervenciones en Monumentos y Jardines Históricos (donde resulta inexcusable la intervención de la Administración cultural). Con independencia de los motivos que pueden fundamentar la crítica a dicha exclusión (Fernández Rodríguez, 2001, p. 245), hemos de prestar atención aquí a sus potenciales efectos. ¿Cuál es el grado de operatividad real de la competencia municipal para autorizar intervenciones en Conjuntos Históricos, conforme al Plan Especial previamente validado por Cultura, si dentro del perímetro del Conjunto encontramos un amplio volumen de bienes singularmente declarados Monumento o Jardín Histórico (en los cuales, así como en sus respectivos entornos, cobra preferencia la autorización cultural)? Con independencia de la problemática que plantea *per se* el régimen singular de estas categorías, no resulta tampoco descabellado pensar que su impacto sobre los mecanismos de coordinación implantados para bienes de conjunto vaya a restar a los mismos cierta eficacia, más intensamente cuanto mayor sea la riqueza de bienes individualmente declarados en un concreto Municipio. Baste tomar como referencia algunos casos concretos: en Andalucía, tal y como se refleja en la siguiente tabla, los términos municipales de al menos tres de sus capitales de provincia (Sevilla, Granada y Córdoba) presentan una notable abundancia de bienes entre las categorías de Monumento y Jardín Histórico (cercana al centenar de unidades, en cada caso), lo cual, sumado a los entornos de protección delimitados para los mismos, determina un volumen de territorio considerable que, con los inmuebles allí comprendidos, queda inevitablemente sustraído al ejercicio ordinario de las competencias municipales.

Tabla 2. Bienes de Interés Cultural declarados por tipología en los términos municipales de las capitales de provincia en Andalucía[5]

Municipio	Tipologías de Bien de Interés Cultural*								TOTAL BICs
	M	JH	CH	SH	ZP	ZA	LIE	LII	
Sevilla	95	3	1	2	–	2	5	–	**137**
Granada	64	47**	1	1	6	1	1	1	**134**
Córdoba	79	1	2	12	–	4	–	–	**123**
Málaga	34	2	1	2	–	6	–	–	**65**
Jaén	33	–	1	1	12	2	–	–	**55**
Cádiz	28	–	1	1	–	8	–	–	**54**
Almería	25	1	1	–	–	–	–	–	**45**
Huelva	10	–	1	2	–	6	–	–	**28**

* Abreviaturas empleadas: M: Monumento; JH: Jardín Histórico; CH: Conjunto Histórico; SH: Sitio Histórico; ZP: Zona Patrimonial; ZA: Zona Arqueológica; LIE: Lugar de Interés Etnológico; LII: Lugar de Interés Industrial.

** El amplio número de bienes recogidos obedece también a la inclusión en esta categoría de declaraciones referidas a concretos elementos integrantes de jardines o zonas ajardinadas (bancos, farolas, hitos).

Fuente: Elaboración propia conforme a los datos obtenidos del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz (Consejería de Turismo, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía).

La situación puede presentarse de forma aún más impactante en el caso de Municipios que, contando con menor población y con áreas urbanas más reducidas, también albergan una riqueza patrimonial considerable, traducida en un importante número de BICs singulares. Piénsese, por ejemplo, en el caso de Antequera (Málaga) con un total de 29 BICs declarados, de los que 15 lo están en la categoría de Monumento. En la misma línea podrían citarse los Municipios sevillanos de Carmona (22 BICs – 19 Monumentos) y Utrera (18-17), los de Úbeda (19-13) y Baeza (16-11) en Jaén, o el singular caso de Montefrío, en la provincia de Granada, que, con poco más de 5.000 habitantes, cuenta con 13 BICs, 11 de los cuales son Monumentos.

Desmontada la máxima en virtud de la cual el régimen de los BICs iba a aplicarse a un conjunto muy reducido de bienes (y, por tanto, iba a tener un impacto menor en el ejercicio de las competencias municipales en caso de que se dispusiera un modelo centralizado), nos queda constatar si la falta de capacitación técnica o el bajo grado de especialización/profesionalización de las Administraciones locales continúa siendo hoy, cuarenta años después de la aprobación de la LPHE, un obstáculo que deba limitar el grado de autonomía de los Municipios como potenciales operadores de la tutela sobre el Patrimonio cultural inmueble. Otorgar aquí una respuesta clara se antoja más complejo, sea por la heterogeneidad que arrojan el conjunto de las realidades municipales en nuestro país, sea por la confluencia, en este concreto sector, de ciertos problemas y carencias previas que desbordan nuestro objeto de estudio [como ocurre, ya de partida, con la regulación de las diversas profesiones ligadas al Patrimonio cultural (Galán Pérez y Pardo San Gil, 2018)]. En dicho contexto, resulta complicado hallar datos e indicadores que nos permitan adquirir una visión detallada de la evolución experimentada en los Ayuntamientos de nuestro país durante los últimos años, a los efectos de poder evaluar las mejoras en su grado de especialización técnica en el plano que nos ocupa. Sin perjuicio de ello, ateniéndonos a ciertos indicadores generales podríamos afirmar, como mínimo, que durante este período la realidad local en este apartado ha distado de permanecer estancada. Uno de esos datos puede venir dado por el incremento del gasto público en personal especializado en este ámbito a cargo de los Ayuntamientos, el cual, a pesar de las fluctuaciones provocadas en momentos de

[5] La tabla es de elaboración propia, a partir de los datos ofrecidos on-line por el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz (accesible en el sitio Web: https://www.juntadeandalucia.es/organismos/turismoculturaydeporte/areas/cultura/bienes-culturales/catalogo-pha/consulta.html), a raíz de búsquedas singularizadas por Municipio y tipología de bien declarado BIC.

crisis económica, refleja un claro aumento[6]. De otra parte, las propias Leyes autonómicas, especialmente las de más reciente aprobación, han venido estimulando esta especialización con la incorporación de preceptos que la requieren en la composición de los órganos públicos destinados a ejecutar sus dictados, mencionando expresamente los perfiles de técnicos y titulados que en ellos han de integrarse (así ocurrirá en la regulación dada a determinados órganos consultivos, a las Comisiones Provinciales de Patrimonio o, como comprobaremos más adelante, a los órganos técnicos o Comisiones Municipales que han de instituirse en los supuestos en los que se opere una delegación de competencias autonómicas a favor de los Ayuntamientos en materia de tutela del Patrimonio)[7].

En todo caso, aunque estos indicadores nos permitan identificar una evolución positiva, no son suficientes para que podamos hablar de una realidad local homogénea, caracterizada por un grado de profesionalización satisfactorio. Puede resumirse, siguiendo a quien se ha aproximado a la cuestión (Menéndez i Pablo, 2018), que, más allá de cuanto sugiera o habilite la normativa, el grado de especialización de cada Municipio, por cuanto afecta a la efectiva presencia en sus plantillas de técnicos capacitados en materia, dependerá a la postre de su capacidad financiera (ligada inevitablemente a su volumen poblacional) y de la efectiva sensibilidad política manifestada con respecto al cometido público de la tutela patrimonial. Ello arroja un panorama necesariamente dispar, donde las realidades pueden variar de una CA a otra y, desde luego, dentro de cada una de ellas, en función del Municipio.

3. CORRECCIONES PUNTUALES OPERADAS DESDE LAS LEYES SECTORIALES AUTONÓMICAS: NUEVOS ESPACIOS PARA LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Para poder evaluar el grado de reacción o respuesta ofrecido por la evolución de nuestro régimen de protección del Patrimonio ante los condicionantes que marcan el contexto actual apenas descrito, se hace indispensable procurar un análisis del Derecho sectorial autonómico, de su progresión en el tratamiento dado al papel de los Municipios en la actividad de tutela. Sin el ánimo de trazar un estudio exhaustivo como el que ya ofrecieran otras aportaciones (Abad Liceras, 2003), el análisis se concentrará particularmente en torno al tratamiento dado a un concreto apartado que, en relación con nuestro interés, resultará referencial: el ejercicio de la competencia para autorizar las intervenciones en los bienes protegidos.

Las Leyes autonómicas del Patrimonio cultural no han dejado de recoger muchos de los rasgos descritos en el modelo estatal ofrecido por la LPHE pero, a causa de la secuencia temporal de su promulgación y de sus sucesivas reformas, caracterizadas por su escalonamiento (Alonso Ibáñez, 2014, p. 12), a cada oleada de legislación regional se han acompañado variantes y singularidades que apuntaron, ya desde bien temprano en ocasiones, una voluntad más decidida de involucrar a los Ayuntamientos en este sector con mayores márgenes de autonomía. En este sentido, nuestra aproximación intentará seguir un orden temporal, tratando en primer lugar a las normas más antiguas y reservando un apartado final para las novedades legislativas más recientes. Se procurará identificar, en el transcurso del análisis, la sucesiva incorporación de instituciones, técnicas o excepciones que han tratado de modular el rígido modelo estatal, construido en torno a la autorización cultural preceptiva como pilar central y sobre un notorio olvido del papel activo que pueden llegar a jugar las instituciones municipales.

Comprobaremos que los espacios de autonomía reconocidos a los Ayuntamientos para controlar las intervenciones practicadas sobre el Patrimonio resultan muy diversos dentro del escenario autonómico y que su efectiva activación ha presentado también distinto calado y grado de éxito. Sin perjuicio de las valoraciones puntuales que podamos ir aportando en la identificación y clasificación de las principales singula-

---

[6] Entre los años 2003 y 2009, el gasto en personal de los Ayuntamientos específicamente dedicado a la Protección del Patrimonio Arqueológico e Histórico-Artístico pasó de un total de 27.618.000 € a 36.132.000 €. En atención a los últimos datos disponibles aportados por el Ministerio de Cultura y Deporte, el gasto liquidado por la Administración Local en dicho capítulo asciende a un total de 37.964.000 € (datos recabados de los Anuarios de Estadísticas Culturales publicados por el Ministerio en los años 2005, 2011 y 2022, accesibles en la Web oficial del mismo: https://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/cultura/mc/naec/portada.html último acceso: 28-02-2023).

[7] Por citar un ejemplo entre las novedades normativas más recientes, podemos mencionar aquí la regulación dada por el art. 20 de la Ley 11/2019, de 25 de abril, de Patrimonio Cultural de Canarias, para los Consejos y Unidades Municipales de Patrimonio Cultural, que serán de obligada creación en los Municipios que cuenten con un Conjunto Histórico declarado en su término municipal.

ridades, reservaremos un apartado final para una visión de conjunto que no prescindirá de articular críticas, así como alternativas y propuestas de mejora.

3.1. Singularidades en las primeras generaciones de Leyes autonómicas del Patrimonio cultural

3.1.1. *La incorporación de figuras de protección específicas para el Patrimonio Local*

En el caso de algunas de las Leyes autonómicas de más temprana aprobación se profirió ya un intento de reservar mayores espacios a la autonomía local en el diseño legal del sistema de tutela del Patrimonio. En esta línea, la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán constituiría la primera referencia, previendo una concreta categoría de protección, la de los «Bienes Culturales de Interés Local» (BCIL), en la que se integrarían, conforme a lo dispuesto en el art. 15 de la Ley, aquellos bienes dotados de significación e importancia cultural, pero sin el grado de relevancia requerido para ser reconocidos «Bienes Culturales de Interés Nacional» (BCIN). El régimen de los BCIL inmuebles prevé considerables cotas de autonomía a los Municipios, que son aquí las entidades llamadas a proponer su declaración y tramitar el expediente de la misma (art. 17), a autorizar eventuales cambios de uso del bien (art. 36.2) o incluso a controlar el cumplimiento de los deberes de conservación a cargo de los propietarios (art. 67) e imponer sanciones (art. 75). Por cuanto afecta al régimen para la autorización de intervenciones, se entiende, por la remisión efectuada en el art. 39 a «los instrumentos determinados por la legislación urbanística», que la facultad para otorgar la misma queda en manos del Ayuntamiento, permaneciendo limitada la autorización preceptiva del Departamento de Cultura tan sólo a los BCIN (art. 34)[8].

Estas singularidades de la Ley catalana merecen una valoración positiva, aunque la misma deba manifestarse más moderada que entusiasta por cuanto afecta al reconocimiento de mayores espacios materiales para la autonomía local. En puridad y más allá de la incorporación de nuevas denominaciones, cabe apreciar que la categoría de los BCIL coincide en su esencia con la de los bienes objeto de catalogación urbanística (algo constatable en el tenor de la Disposición adicional primera de la Ley), sobre los que los Municipios nunca dejaron de ostentar competencia. Por otra parte, más allá de la mención realizada en el art. 6 a los «Municipios histórico-artísticos» (más bien centrada en aportar notas sobre su naturaleza y requisitos), la Ley no ha acertado a concretar los posibles espacios en los que se hacía previsible, dada la especial cualificación técnica presupuesta a estas Entidades, un cierto grado de delegación de competencias por parte de la CA para la puesta en práctica de la tutela del Patrimonio existente en su territorio (López Ramón, 2003, p. 541 y Menéndez i Pablo, 2018, p. 119). Conviene valorar, por último, que para que un efectivo reconocimiento de mayores cotas de autonomía de los Municipios en la tutela y gestión de su Patrimonio se traduzca efectivamente en una mejora del propio sistema de protección (en términos de eficacia, eficiencia y agilidad) la solución no debe consistir tanto en habilitar a nuevo sujeto capacitado para declarar nuevos bienes, sino en facilitar que el mismo adquiera competencias para asumir la protección de una parte de los bienes que ya son objeto de tutela (en caso contrario, las realidades protegidas seguirán aumentando y no se producirá un reequilibrio real del reparto de funciones tutelares y de gestión entre Estado, CA y Municipio).

Otras Leyes autonómicas, prácticamente coetáneas a la catalana, también optarían por incluir, entre sus categorías o niveles de protección, figuras destinadas a la protección de aquellos *bienes menores*, identificándolos bajo un interés local. Tal fue el caso de los «Bienes de Interés Local» (BIL) de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria (art. 26); los «Bienes de Relevancia Local» (BRL) de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano (art. 46); y los «Monumentos de Interés Local» (MIL) de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés. Sin embargo, ninguna de las aludidas categorías resultará parangonable en su régimen jurídico a la de los BCIL de la Ley catalana, al menos por cuanto respecta al grado de autonomía con el que contarán los Ayuntamientos tanto en sus procedimientos de declaración como, en su caso, en el régimen de su tutela[9].

---

[8] Sin perjuicio de ello, incluso en el caso de los BCIN, la norma prevé también vías alternativas que permitirían eventualmente una mayor participación de las Entidades Locales en la gestión y tutela del Patrimonio, tal y como se desprende de su obligada representación en los patronatos que pueden ser creados para concretos Monumentos (art. 62.3).

[9] En el caso de los BIL de Cantabria, la competencia para iniciar el procedimiento de declaración corresponde al titular de la Dirección General competente en materia de Patrimonio Cultural, que elevará propuesta de resolución al titular de la Consejería competente (arts. 27 y 29), requiriéndose autorización cultural para cualquier tratamiento o cambio de uso, la cual ha de ser previa a la licencia urbanística (art. 47.2). La declaración de los BRL valencianos es propuesta por los Ayuntamientos, que operarán su protección desde el Catálogo de Bienes y Espacios, pero dicha herramienta queda condicionada al informe previo de

3.1.2. *La previsión expresa de la posibilidad de delegación puntual en los Municipios de la competencia para autorizar intervenciones*

Mientras la posibilidad de establecer convenios de colaboración entre la Administración cultural y los Municipios para el ejercicio conjunto de competencias o para la articulación de concretas delegaciones es un recurso normalmente previsto con carácter general por las Leyes autonómicas sectoriales en materia de Patrimonio Cultural[10], resulta llamativo que sean pocos los casos en los que se mencione expresamente la posibilidad de efectuar delegaciones de la potestad de autorización de intervenciones a favor de los Ayuntamientos.

Por su parte, la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, incluye «las competencias delegadas por la Comunidad Autónoma» entre aquellas que serán ejercidas por los Municipios (art. 85 c), destacando también la previsión de concretas delegaciones a favor de los que sean declarados «Municipios Monumentales» (algo que vimos no ocurría en el caso de los «Municipios Histórico-Artísticos» catalanes), donde la delegación podrá ser operada por convenio y siempre que se haya constituido el órgano local especializado requerido en el art. 86 (para el que se exige multidisciplinariedad técnica en su composición). Esta posibilidad de delegación también se menciona para Comarcas y Mancomunidades en el art. 87, aunque, en todo caso, seguimos ante referencias genéricas que no mencionan el supuesto concreto de la delegación referido a la autorización de intervenciones en bienes protegidos.

Para encontrar un caso específico de previsión expresa, hemos de remontarnos, curiosamente, a una de las primeras Leyes autonómicas promulgadas en el sector: la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía. En su texto, que parte de un reconocimiento general de la posibilidad de delegar, en las Corporaciones Locales que así lo soliciten, el ejercicio de competencias autonómicas a través de convenio (art. 3.2), se hará mención expresa a la delegación de la concreta potestad de autorizar intervenciones en dos supuestos: obras o actuaciones en inmuebles incluidos en los entornos de BICs (art. 38) y obras proyectadas dentro del perímetro de los Conjuntos Históricos aún no declarados BIC, con exclusión expresa de los Monumentos y Jardines Históricos que se comprendieran en él (art. 39). Ambos preceptos exigen, como condición previa, la preexistencia de instrumentos urbanísticos que regulen y protejan adecuadamente dichas áreas urbanas. Estas previsiones fueron en esencia mantenidas en el texto de la vigente Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, atendiendo a lo dispuesto en sus arts. 4, 30 y 40. Aquí, sin embargo, aparte de la preexistencia de un planeamiento adecuado, se añadirá un requisito más para los Municipios solicitantes, consistente en la conformación de una Comisión técnica municipal, de composición multidisciplinar, que habrá de informar las obras o actuaciones (art. 40.3).

En otros modelos que siguieron al andaluz, como es el caso de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano (a resultas de una concreta reforma operada por el art. 95 de la Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat), se perfilará un requisito ulterior relativo a la conformación de la aludida Comisión técnica, concibiéndola como un órgano mixto que requerirá también, en su composición, la representación de la Conselleria competente en materia de cultura (art. 35.1 c). La posibilidad de activar estas habilitaciones es presentada aquí como excepcional, condicionada –por cuanto puede deducirse– a la efectiva capacidad de gestión ostentada por el Municipio aspirante.

En línea con cuanto sucedía con la incorporación de figuras destinadas a la identificación de Municipios especialmente cualificados, la técnica de la delegación y su regulación expresa constituye un nuevo canal a través del cual puede favorecerse una descentralización puntual o asimétrica, si se quiere, a favor de concretos Municipios en la ejecución del régimen de tutela previsto en la normativa, trascendiendo la solución que proponía el art. 20.4 LPHE.

---

la Consellería competente en Cultura, el cual «tendrá efectos vinculantes en todo lo referente a la inclusión, exclusión y régimen de protección de los bienes calificados de relevancia local» (art. 47.3). Por último, la potestad declarativa de los MIL aragoneses corresponderá a los Ayuntamientos (art. 25), aunque el régimen que les resultará aplicable coincidirá con el dispuesto para los Bienes Catalogados, para los que se prevé también la autorización cultural previa ante toda intervención practicada sobre ellos o su entorno (art. 51.2).

[10] Véanse al respecto los ejemplos del art. 3.3 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León; art. 3.3. de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha; art. 6.10 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria; o art. 2.4 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura.

3.1.3. *Atenuación del régimen de la autorización cultural preceptiva en concretas categorías de protección secundarias: el ejemplo de los Bienes Inventariados inmuebles en Castilla y León*

A principios de la primera década de nuestro siglo, en un momento donde ya podían apreciarse los efectos del incremento de declaraciones de BIC derivado del reconocimiento a las CCAA de su potestad para operarlas, tiene lugar la aprobación de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León. Ya en su preámbulo, cuando alude a los bienes merecedores de protección dotados de un interés cultural inferior al de los BIC, destaca de ellos su «abundancia, dispersión y variedad», factores que requieren articular un sistema de protección que se caracterice por «la agilidad de los procedimientos de declaración y control de intervenciones». Se advierte aquí que la categoría prevista por la Ley para la protección de dichos bienes, la de los Bienes Inventariados, preverá «la descentralización de las funciones de tutela para los bienes inmuebles, mediante la intervención municipal».

Así, si bien la competencia para decidir sobre la inclusión de bienes en el Inventario permanece en manos de la Consejería competente (art. 22.1), el Ayuntamiento en cuyo territorio se ubique, una vez haya cumplido con el deber de incorporar el inmueble al catálogo urbanístico (art. 49.2), adquirirá plena competencia para autorizar cualesquiera obras o intervenciones sobre el mismo (extremo que se desprende del art. 49.3, que impone la autorización previa de Cultura únicamente cuando el bien no haya sido efectivamente incluido en el catálogo o mientras este último no haya sido aprobado por el Ayuntamiento). En este sentido, el único requisito impuesto al Ayuntamiento para el ejercicio de su competencia de autorización es la «obligada observancia» de las condiciones de protección que figuren en la resolución por la que se acuerda la inclusión del inmueble en el Inventario (art. 49.1).

Estamos pues, ante un ejemplo claramente diferenciado de los mencionados en el apartado anterior, donde se está produciendo una descentralización de la competencia ejecutiva (autorización) de mucho mayor calado. Aunque la misma quede condicionada en su ejercicio al respeto de las prescripciones que, para la protección del bien, queden dispuestas en la resolución que determine su declaración/inclusión, se está operando –no lo olvidemos– para el entero segundo nivel de protección previsto por la Ley (los Bienes Inventariados) y con carácter general.

3.1.4. *Ampliando espacios para la licencia urbanística en los entornos de protección de Monumentos BIC: de la antigua Ley andaluza a las soluciones de Cantabria y Extremadura*

La inseparabilidad del bien del entorno constituye una de las principales aportaciones de un documento técnico internacional de primer orden en la protección del Patrimonio cultural como fue la Carta de Venecia (Martínez Justicia y Sánchez-Mesa Martínez, 2009, pp. 28-29). El modelo de protección de la LPHE hereda claramente esta aportación, tal y como se desprende del tenor literal de su art. 18[11], lo que tendrá por efecto la extensión de las competencias tutelares de la Administración de cultura, plasmada en el alcance dado al instrumento de la autorización preceptiva: cualquier tipo de obra o actuación que se acometa en el entorno de un bien declarado precisará de la misma[12].

En el modelo de la LPHE, los Planes Especiales de protección se erigían en mecanismos clave para evitar la duplicidad de permisos (cultural y urbanístico) y habilitar al Ayuntamiento para un ejercicio mucho más ágil de su competencia para otorgar licencia urbanística en los BICs de conjunto. Sin embargo, como referíamos más arriba, al valorar las deficiencias de la regulación de la LPHE, uno de los aspectos más criticados por la doctrina venía dado por la exclusión de los Monumentos y Jardines Históricos, junto con sus respectivos entornos, donde las intervenciones propuestas seguirían sometidas a autorización cultural.

Al paso de esta deficiencia saldrán, ya en un primer momento, los dictados de la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, si bien su propuesta quedará reducida a los entornos (excluyendo al bien en sí) y no presentará, en su aplicabilidad, carácter general. Partiendo del carácter preceptivo de la autorización cultural para estos supuestos (prevista en el art. 33.1 y acompañada, sin embargo, de un interesante procedimiento de tramitación que favorecía la integración los permisos urbanístico y cultural), de conformidad con el art. 38.1, la Ley admitía la delegación puntual en los Ayuntamientos que así lo solicitaran

---

[11] «Un inmueble declarado Bien de Interés Cultural es inseparable de su entorno. No se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o de interés social y, en todo caso, conforme al procedimiento previsto en el art. 9.º, párrafo 2.º, de esta Ley» (art. 18 LPHE).

[12] Reflejo de ello es el contenido del art. 19 LPHE con respecto a los Monumentos y Jardines Históricos y sus entornos.

de la competencia para autorizar obras o actuaciones en los inmuebles incluidos en los entornos de BICs, siempre y cuando el planeamiento urbanístico ofreciera una «regulación suficiente», incluyendo «normas específicas de protección» para dicho entorno (art. 38).

Con posterioridad, la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria, siguiendo la misma línea, superaría el enfoque puntual de la Ley andaluza para disponer una delegación estable y generalizada, vinculada de forma automática a la aprobación del planeamiento de protección, de la competencia de autorización en los entornos de BIC. Si bien el art. 61 de la Ley no deja de proclamar, como la estatal, el carácter preceptivo de la autorización cultural en Monumentos BIC (aptdo. 1), operará remisión (aptdo. 6) a lo dispuesto en los arts. 51 y 52, dedicados al régimen de los entornos de BIC. Y es concretamente en el art. 52.4 donde se aclarará que «En el caso de que esté aprobado el instrumento de planeamiento de protección del entorno afectado, la autorización de la intervención competerá al Ayuntamiento, que deberá comunicar la intención de conceder la licencia a la Consejería de Cultura y Deporte con una antelación de diez días a su concesión definitiva».

Con esta opción, de un lado, se está corrigiendo un notorio sinsentido: si en los Conjuntos era posible arbitrar en figuras de planeamiento un instrumento de coordinación, también había de serlo en el caso de los Monumentos y sus entornos (que, de hecho, forman en sí un conjunto de bienes). De otro, se está operando efectivamente un reconocimiento de mayores espacios a la operatividad directa de la licencia urbanística en la autorización de intervenciones.

Regulaciones posteriores, como la otorgada por la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura, dispondrían también la extensión a los entornos de BIC de la capacidad de los Ayuntamientos para autorizar intervenciones en idénticas condiciones[13].

3.1.5. *Las exenciones de autorización cultural para concretas intervenciones en BICs: la reforma de la Ley valenciana y el intento (parcialmente) fallido de Ley madrileña*

Los intentos por acotar el alcance material de la autorización preceptiva de cultura presentan otra vertiente en la introducción de excepciones relativas a actuaciones de bajo impacto sobre los bienes que, de otra manera, bajo el riguroso régimen dispuesto por la LPHE, quedarían inevitablemente condicionados a aquélla. Se tratará de supuestos que, una vez excluidos del régimen general, vendrían a incrementar los espacios donde la licencia municipal recupera terreno frente a la autorización cultural, contribuyendo al diseño de un modelo más racional y equilibrado en la intensidad de la tutela. Estas novedades, particularmente presentes en las reformas operadas a partir de 2010 (momento en el que ya se acusaba el efecto del incremento de bienes protegidos y sus consecuencias en la sobrecarga de la Administración de cultura)[14], pueden ejemplificarse en los casos de las Comunidades Valenciana y de Madrid.

La Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, se cuenta entre las primeras que, vía reforma (operada en 2012), excluye de las acciones sometidas a autorización cultural las «intervenciones carentes de trascendencia patrimonial», entendiendo por las mismas aquellas «habilitaciones interiores de los inmuebles que no afecten a su percepción exterior y aquellas que se limiten a la conservación, reposición y mantenimiento de elementos preexistentes, sean reversibles y no comporten alteración de la situación anterior» [art.35.1 b) *in fine*].

Una mención puntual merecen, por la influencia que posteriormente desplegarán en las últimas Leyes autonómicas, las aportaciones introducidas por la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, la cual operaría, en relación a su predecesora (la Ley 10/1998, de 9 de julio), una

---

[13] La Ley extremeña establece un régimen para los entornos de Monumentos donde la autorización cultural resulta «inexcusable» (art. 38.4), pero cuando se refiere al entorno de Monumentos insertos en un Conjunto con Plan Especial de Protección aprobado, reenvía al art. 42.2, admitiendo expresamente que los Ayuntamientos otorguen licencia en ausencia de aquella autorización cultural. A ello se añade la previsión del art. 43.2, que comprende a los Jardines Históricos (también sometidos a autorización conforme a la LPHE) admitiendo que les sea aplicable el mismo régimen previsto para la autorización de intervenciones en Conjuntos. En la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural de Asturias, tanto los Jardines como los entornos de los Monumentos BIC (arts. 50.2 y 55.2 y 55.4) podrán acogerse a un régimen semejante cuando se apruebe para ellos el Plan Especial o figura equivalente (de obligada elaboración en el caso de los Jardines), al igual que los entornos de los Bienes Inventariados, siempre que la resolución que los identifica no exija autorización cultural para su intervención (art. 59.1 e).

[14] Interesa también destacar que este período coincide además con momentos en los que aún se extiende el impacto procurado por la transposición de la Directiva de Servicios en lo referente al alcance de la técnica de la autorización previa, que, si bien no estaba destinada a incidir en las licencias urbanísticas, terminó por extender su propuesta simplificadora sobre las mismas (Domínguez Martín, 2017, pp. 105-106; Rebollo Puig, 2019, pp. 7-8) y, como veremos, también en relación con la autorización cultural.

serie de reformas de importante calado en el régimen de autorización de las intervenciones, buena parte de ellas movidas por el fin de propiciar una «simplificación normativa» y «promover la agilización de los trámites administrativos», tal y como se expresa en su preámbulo.

La reforma recurre a dos técnicas: de un aparte, se introduce un nuevo nivel de protección, el correspondiente a los «Bienes de Interés Patrimonial» (BIPs), de rango inferior al nivel de BIC[15]; de otra, se opera una concreción de las intervenciones que han de ser objeto de autorización preceptiva y cuáles, a partir de ahora, estarán exentas de la misma. De este modo, tanto en BICs (excepción hecha de las categorías de Monumento y Jardín Histórico) como en BIPs, no será necesaria la autorización en el caso de obras mayores «que tengan como finalidad mantener el bien en condiciones de salubridad, habitabilidad y ornato, siempre que no se alteren las características morfológicas, ni afecten al aspecto exterior del bien protegido» [arts. 19.2 a) y 18.1 a)], así como en obras que afecten al interior de los edificios incluidos en los entornos de los bienes [arts. 19.2 b) y 18.1 c)]. Para el caso concreto de los BICs correspondientes a modalidades de conjunto, la exención se extiende también a los casos en los que se haya aprobado el Plan Especial requerido por la Ley para los mismos [entendiendo que, en esos supuestos, la única autorización exigible será la urbanística, conforme al art. 19.2 c) de la Ley].

Sin embargo, la reforma operada por el Legislador madrileño encontró enfrente al Estado, que logró del TC la anulación de las medidas de atenuación previstas para el régimen autorizatorio de las intervenciones en el caso de los BICs, al declararse la incompetencia de la CA para contradecir los dictados de la LPHE (que en ningún momento prevé las excepciones introducidas)[16]. Esta anulación, por el contrario, no afectaría a las excepciones previstas para el caso de los BIPs, categoría no regulada por el Legislador estatal y para la que no se incurría, por tanto, en colisión alguna. De este modo y a pesar de la impugnación de la norma, un volumen considerable de las intervenciones practicables sobre los bienes acogidos a este nuevo segundo nivel de protección (los BIPs) quedarán ahora sometidas a la competencia de autorización municipal.

3.2. Las más recientes tendencias en las últimas reformas de los regímenes autonómicos del Patrimonio Cultural

Abordaremos aquí las más recientes aportaciones de la legislación sectorial autonómica, que coinciden, de una parte, con las últimas reformas globales operadas en las CCAA de Galicia (Ley 5/2016, de 4 de mayo), Canarias (Ley 11/2019, de 25 de abril) y País Vasco (Ley 6/2019, de 9 de mayo); de otra, con la reforma puntual de la Ley andaluza.

Una parte de las novedades se han operado bajo la justificación de la simplificación administrativa, en un contexto marcado por la voluntad/necesidad de estimular la reducción de trabas administrativas en el sector inmobiliario. En otros supuestos, se aprecia el intento de salir al paso del exceso de bienes protegidos y de la diversidad que presenta, en su intensidad, el interés cultural de los mismos (disponiendo nuevas estructuras de niveles de protección graduadas). Ello no resta, sin embargo, para poder identificar, tras algunas de estas medidas, un enfoque reformador expresamente presidido por el propio fin de procurar una mayor descentralización y una intensificación del papel de los Ayuntamientos. Sin perjuicio de que en los más recientes textos legales encontremos recursos ya explorados en leyes sectoriales autonómicas más antiguas

---

[15] La definición de estos bienes figura en el art. 2.3 de la Ley: «Serán Bienes de Interés Patrimonial los bienes que, formando parte del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, sin tener valor excepcional, posean una especial significación histórica o artística y en tal sentido sean declarados». A diferencia de ellos, serán BICs los que «tengan un valor excepcional y así se declaren expresamente» (aptdo. 2 del mismo precepto).

[16] La STC 122/2014, de 17 de julio determinó la nulidad e inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley, entre ellos el art. 2.2, que operaba la propia caracterización de los BICs incorporando parámetros no contemplados por la LPHE y que se entendían limitantes en comparación con los mimos (concretamente, la exigencia de que «tengan un valor excepcional y así se declaren expresamente»), y el art. 19.2, que comprendía todas las excepciones (igualmente inéditas en la LPHE) al régimen de autorización preceptiva contempladas para los propios BICs. A juicio del TC, dichas variaciones estarían incurriendo en una invasión de la competencia estatal reconocida por la CE (art. 149.1.28.ª) en la defensa del Patrimonio cultural contra la expoliación (el mismo título competencial que ya en su día fuera tratado en la STC 17/1991, de 31 de enero, referida más arriba). Lo curioso es que el análisis del TC no se fundamente en un claro deslinde con respecto a cuánto de lo previsto en la LPHE sea efectivamente parte del bloque de constitucionalidad, sino que hace referencia a «la importante virtualidad» que, para la resolución del caso, presentaba la Ley estatal (lo que Alonso Ibáñez identifica como una «función constitucional desconocida» de la LPHE). Dado que no son pocas las divergencias que, con respecto al texto de la LPHE, se han manifestado en las innovaciones incorporadas por el rico plantel de las Leyes autonómicas del Patrimonio cultural aprobadas en los últimos años, el débil anclaje de la decisión judicial permite hablar de una oportunidad perdida para aclarar definitivamente el efectivo alcance y valor de los dictados de la norma (Alonso Ibáñez, 2014, pp. 11-18).

(como la posibilidad de delegación expresa de competencias de autorización de intervenciones), las principales modulaciones operadas con respecto al régimen tradicional de la LPHE revestirán fundamentalmente dos fórmulas, coincidentes con las recogidas en los dos últimos subepígrafes.

3.2.1. *El régimen de las excepciones a la autorización cultural en la nueva Ley gallega: compendio de las experiencias previas y novedades que las implementan*

La introducción de excepciones a la operatividad de la autorización cultural constituye, como vimos, un recurso al que ya se acogieron en el pasado otras Leyes autonómicas (excluyendo concretas actuaciones sobre los bienes, habilitando la posibilidad de puntuales delegaciones en favor de los Ayuntamientos, etc.). Aun no tratándose de una novedad, interesa analizar aquí el caso de la nueva Ley gallega de 2016, donde se decanta toda aquella experiencia previa y, al mismo tiempo, se introducen no sólo nuevos supuestos, sino también nuevas fórmulas para diferenciar las excepciones introducidas en función del ámbito material al que se aplican (entornos de los bienes o bienes en sí, diferenciados en función de su nivel de protección o de las herramientas urbanísticas previstas para su ordenación).

La norma parte de una regla general esperable y acorde con el modelo de la LPHE: el carácter preceptivo de la autorización cultural para las intervenciones que afecten a todo BIC o Bien Catalogado (art. 39), para el que advierte, sin embargo, la posibilidad de excepciones.

Las primeras excepciones, basadas en una clasificación material de tipologías de intervenciones, afectarán a los ámbitos correspondientes a las figuras de protección del entorno previstas por la Ley para BICs y Bienes Catalogados: los propios entornos y las denominadas «zonas de amortiguamiento» (definidas por el art. 13 como instrumentos potestativos y complementarios a los tradicionales entornos de protección). En ambos casos, para definir el régimen de las autorizaciones, se establecerá un *numerus clausus* determinado los supuestos en los que resulta obligada la obtención de autorización cultural, asignando las restantes al ámbito de operatividad de la licencia urbanística mediante una caracterización, por tanto, residual. Así, en los entornos, el primer apartado del art. 45 enumera los supuestos que requieren la autorización cultural, mientras el segundo reenvía los restantes a la licencia municipal (con el único requisito –abiertamente indefinido– de que se trate de «intervenciones coherentes con los valores generales del entorno»); y en las zonas de amortiguamiento, el art. 47 partirá del reconocimiento de la competencia municipal como noma general (aptdo. 1) para identificar después (aptdo. 2) las excepciones en las que, por el potencial impacto de la intervención, será requerida obligadamente la autorización cultural preceptiva.

Para los BICs que son objeto de un Plan Especial de Protección, el régimen es, en esencia, el tradicionalmente asentado: la licencia urbanística será aquella a operar mientras no afecte a bienes singularmente declarados (art. 58). Si los afectados por dicho Plan Especial son Bienes Catalogados la competencia de autorización también será municipal por regla general (art. 65.3 in fine).

Para los Bienes Catalogados no afectados por Planeamiento Especial, rige por norma general, al igual que para los BICs, la autorización cultural preceptiva (art. 65.1) que tan sólo podrá excepcionarse por vía de convenio específico con el Ayuntamiento. En este último supuesto, la Ley gallega profundiza al detalle en la concreción de los requisitos necesarios para articular la delegación/habilitación de la competencia de autorización –mucho más de cuanto se hiciera en regulaciones anteriores (art. 65, aptdos. 2-4)[17]– y aporta también alguna novedad. La más notable: la habilitación, según la propia dicción del precepto («estarán habilitados para autorizar»), es operada automáticamente por la Ley una vez se satisfagan los requisitos, sin necesidad, por tanto, de que la misma sea expresamente solicitada por el Ayuntamiento. También puede destacarse la acotación material del alcance de aquélla, que queda limitada a «bienes catalogados integrantes del patrimonio arquitectónico o etnológico y sus entornos de protección y zonas de amortiguamiento» y que excluye expresamente un conjunto de bienes tasado, donde se comprenden inmuebles pertenecientes al Patrimonio

[17] Los requisitos serán relacionados con mayor detalle descriptivo en la Disposición adicional cuarta, con el siguiente tenor: «La habilitación a los ayuntamientos para la autorización de las intervenciones a que se refiere el art. 65, independientemente de las consideraciones específicas que se determinen en el convenio de colaboración, deberá garantizar por lo menos: *a)* Un planeamiento urbanístico adaptado a la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, o norma que la sustituya, que cuente en su tramitación con el informe favorable expreso de la consejería competente en materia de patrimonio cultural. *b)* La certificación municipal de la disponibilidad de una comisión técnica formada, por lo menos, con personal técnico competente para el ejercicio de la arquitectura, la arqueología y la historia del arte. *c)* Una metodología y sistematización de la información compatibles con el reglamento del Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia, que permitan el adecuado traslado de la información y comunicación de las autorizaciones concedidas y su contenido».

arqueológico, aquellos ligados al Camino de Santiago o los que sean titularidad de la Iglesia Católica, a los que se añaden los afectados por intervenciones propuestas por la propia Consejería (art. 65.4).

3.2.2. *Sustitución de la autorización cultural por la comunicación previa: su expansión ante concretas intervenciones y en los entornos de los bienes protegidos*

Tras la propuesta lanzada –y parcialmente malograda, como vimos– desde la Ley madrileña de 2013, hallaremos, en las Leyes sectoriales más recientes, nuevos intentos de contraer el alcance de la autorización cultural, en una línea semejante a cuanto venía sucediendo con la simplificación régimen de las licencias urbanísticas operado en la legislación autonómica (Rebollo Puig, 2019, pp. 13 y ss.). Las reformas en cuestión confirman el criterio ya avanzado por autorizada doctrina, en virtud del cual resultaba desproporcionado entender que toda intervención que afectara a bienes integrantes del Patrimonio cultural (y, particularmente, a sus entornos) debiera quedar excluida a priori de cualquier tipo de flexibilización o simplificación que impactara sobre el régimen de autorización previa (Ibídem, pp. 11-12).

En este sentido, la nueva Ley Vasca de 2019 vendría a operar una nueva relajación del régimen de autorizaciones, en este caso no consistente en la total supresión de la intervención de Cultura (como se proponía en la Ley madrileña) sino en una simplificación de la misma. El art. 49 de la Ley, que no deja de tener como punto de partida la extensión del régimen jurídico de los BICs a sus respectivos entornos (con el matiz, apuntado en el apartado 3.º del precepto, de la necesaria concreción de su régimen, se entiende, en el propio contenido de la declaración), determina (aptdo. 6.º), sin embargo, para el caso específico de las «obras menores» ejecutadas en los entornos de protección de los BICs y siempre y cuando las mismas «no tengan incidencia material o visual sobre los bienes culturales protegidos», la sustitución de la autorización preceptiva por un deber de comunicación previa (opción que, en la medida en que no prescinde totalmente de la intervención de Cultura, parece haber sido entendida compatible con los dictados de la LPHE, a diferencia de cuanto sucediera con la Ley madrileña).

En una línea similar se manifiesta la intervención legislativa más recientemente operada y que afecta al texto de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía. Allí, las reformas puntuales referidas a este concreto apartado del régimen de autorización de las intervenciones se mueven claramente impulsadas por el objetivo general de estimular la actividad económica (aquí, concretamente, la del sector de la construcción) en un contexto de urgencia derivado del grave impacto de la crisis sanitaria[18]. La reforma, que incidió en el contenido del art. 33 de la Ley, experimentó un proceso un tanto tortuoso, dado que en su primera versión pretendió seguir el modelo propuesto por la Ley madrileña[19]. Ante la esperable reacción del Estado, que procedió a impugnar también la iniciativa del Ejecutivo andaluz[20], este último rectificó modificando el Decreto-Ley y adoptando en su nueva redacción una línea similar a la propuesta por el Legislador vasco. De este modo, la autorización preceptiva sería sustituida por un deber de comunicación previa para intervenciones de escasa entidad (que se identifican aquí con las que no requieren proyecto) que incidan tanto en inmuebles situados tanto dentro del perímetro de las diversas tipologías de bienes de conjunto (exceptuando, por tanto, los de las modalidades BIC de Monumento y Jardín Histórico) como de sus entornos[21].

La modulación procurada por la Ley andaluza, por tanto, terminará manifestándose mucho más limitada en su alcance que la operada por la Ley vasca (que resultaba más acorde a cuanto se proponía en Rebo-

---

[18] La norma que vendría a disponer la reforma apuntada fue el Decreto-Ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía.

[19] El art. 13 del Decreto-Ley 2/2020 determinaba la incorporación de un último inciso al apartado 3 del art. 33 de la Ley andaluza, que preveía las siguientes excepciones: «No será necesaria la autorización ni la comunicación a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico para la realización de obras que impliquen una intervención mínima, entendiendo por tales las obras interiores que no afecten al subsuelo, a la estructura y configuración arquitectónica ni a elementos decorativos del patrimonio histórico, en los inmuebles comprendidos: *a)* En el entorno de un Bien de Interés Cultural. *b)* En los Conjuntos Históricos, Sitios Históricos, Zonas Arqueológicas, Lugares de Interés Etnológico, Lugares de Interés Industrial o Zonas Patrimoniales, que no estén inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como Monumentos y Jardines Históricos».

[20] Lo hizo a través del Recurso de inconstitucionalidad núm. 1998-2020, promovido por el Presidente del Gobierno, que fuera admitido a trámite por providencia del TC de 6 de mayo de 2020.

[21] La norma que operó la corrección fue el Decreto-Ley 26/2020, de 13 de octubre, por el que se establece una medida extraordinaria y urgente en el ámbito económico para facilitar ayudas a las pymes industriales afectadas por las consecuencias económicas de la pandemia SARS-CoV-2, a través de su Disposición Final Segunda se reformula el art. 13 del Decreto-Ley 2/2020, de 9 de marzo, que reconfigura, a su vez, el inciso final del art. 33.3 de la Ley 14/2007 en el sentido apuntado arriba.

llo Puig, 2019, p. 18), en la medida en que se ha optado por mantener la tradicional exclusión en bloque tanto de los BICs declarados como Monumento o Jardín Histórico como de los inmuebles incluidos en sus respectivos entornos, donde la licencia urbanística seguirá supeditada al sentido de la autorización cultural, preceptiva y vinculante.

3.2.3. *Nuevas fórmulas para graduar la protección: imitando la flexibilidad de los Catálogos Urbanísticos. ¿Mayores espacios para la licencia urbanística?*

Al igual que la progresiva incorporación de nuevas tipologías de bienes fue determinando la ampliación del concepto de bien cultural en las Leyes autonómicas y, por ende, diversificando el régimen de protección en función de la concreta naturaleza del bien, el aludido fenómeno de la inflación de declaraciones, proyectadas sobre realidades que resultaban muy diversas en el grado de intensidad de su interés cultural (motivando, sobre todo, la incorporación al Patrimonio cultural de múltiples bienes dotados de un interés menor o más local), también ha traído consigo la necesidad de diversificar o graduar el régimen de protección en función de la trascendencia del valor del bien. Este último perfil parece haber presidido especialmente las más recientes reformas de las Leyes autonómicas sectoriales, donde se han tratado de operar regímenes en los que la intensidad de la intervención administrativa se escalonase en función de nuevas clasificaciones de los bienes, más estructuradas ahora conforme al grado de trascendencia de su interés cultural. En atención al enfoque de nuestro estudio, interesa analizar si dichas reformas, a la hora de operar la aludida graduación del régimen de intervención, han posibilitado también algún tipo de redistribución o reequilibrio de la competencia ejecutiva entre CA y Municipio, descargando a la primera y acrecentando el protagonismo del segundo.

Hemos podido comprobar, en referencias a otras reformas puntuales, cómo se superaba el tradicional y simplificado esquema estatal previsto por la LPHE para los bienes inmuebles (propio de una norma destinada a proteger tan solo «los bienes más relevantes»), dotado tan solo de dos niveles de protección: una genérica o residual (López Ramón, 2003, p. 542) y la correspondiente a los BICs (pues la categoría intermedia de los Bienes Inventariados queda restringida en el modelo de la LPHE a los bienes muebles). En buena parte de las Leyes autonómicas se había introducido ya un nivel intermedio (bienes inmuebles inventariados o catalogados por la CA), a veces ligado expresamente al «interés local» del bien (como los ejemplos analizados más arriba, en el epígrafe 3.1.1). En una aproximación a las más recientes reformas, comprobaremos que se ahonda en esta graduación, incorporando subniveles que modulan la intensidad de la protección.

Así, la nueva Ley gallega distingue ahora, en su art. 41, tres niveles de protección: integral, estructural y ambiental, donde a los BICs corresponderá siempre el primero de ellos, mientras que los restantes bienes (los Bienes Catalogados de conformidad con la Ley) verán definido el suyo, caso por caso, en función de sus concretos valores. Por su parte, la Ley Canaria (art. 9) mantendrá el tradicional esquema de doble nivel que distingue entre BICs y Bienes Catalogados, pero pasa a dotar a éstos últimos de un total de tres subniveles de protección: protección integral, ambiental y parcial (con respecto a los bienes catalogados de naturaleza arqueológica, el precepto renomina el triple nivel de protección a integral, preventiva y potencial, adaptando sus contenidos a las peculiaridades de la protección de este tipo de bienes). Por último, la Ley vasca, la de más reciente aprobación, reproduce el esquema propuesto en la Ley gallega, aunque varíen las denominaciones otorgadas a los niveles, distinguiendo aquí entre Bienes Culturales de protección especial, intermedia y básica[22].

Como avanzábamos, la nueva subdivisión en niveles responde al objetivo de dotar a cada uno con medidas de protección adecuadas, en su intensidad, a la singularidad que presentan los valores identificados en el bien, lo que comportará una novedad derivada destacable: el régimen de las intervenciones practicables sobre cada nivel (desde la mera conservación, hasta la rehabilitación o la reestructuración) presentará necesariamente diferencias, tendentes a relajar ahora, en los niveles más bajos de protección, los tradicionales límites que, por mor de la centralidad dada al fin de la conservación en nuestro modelos de protección (partiendo de la propia LPHE), se imponían de forma generalizada a todos los bienes protegidos[23].

---

[22] La Ley 6/2019, de 9 de mayo, del Patrimonio Cultural Vasco, a diferencia de las anteriores, no dedicará un concreto precepto a definir el alcance que presenta la protección de cada nivel, sino que procederá a identificar cada uno de ellos con tres categorías de bienes, clasificados en función de la trascendencia del interés cultural que presentan. Así, corresponderá el nivel de *protección especial* a los bienes «más sobresalientes», el de protección media a aquellos que resulten «relevantes» y el de protección básica para los bienes restantes, identificables con aquellos que sean objeto de catalogación por parte de los instrumentos propios del planeamiento urbanístico (art. 8).

[23] Ésta era una operación prácticamente obviada por el Legislador autonómico hasta el momento, pues, bajo el modelo de la LPHE (art. 39.1), la tendencia de las leyes autonómicas había sido también la de limitarse a enunciar los fines u objetivos de las diver-

Sin embargo, la fórmula empleada para diversificar o graduar el régimen para cada uno de los nuevos niveles de protección será operada de manera diferente en estas tres Leyes. Mientras en las dos más recientes (Canarias y País Vasco) se incidirá en la diferenciación de los criterios de intervención aplicables a cada categoría (más permisivos a la modificación del bien cuanto más bajo sea su nivel de protección), en la Ley gallega se dispone un esquema que se centra en identificar las tipologías de intervención (previamente definidas en su art. 40) que podrían llevarse a cabo dentro de cada nivel. De este modo, las modalidades de intervención que trascienden a la mera conservación, más agresivas o determinantes de la posible modificación del bien, encontrarán menos limitaciones cuanto menor sea el nivel de protección.

Si bien estos avances resultan obviamente positivos de cara a modular, en función de la efectiva trascendencia del valor cultural del inmueble, las rígidas limitaciones que se imponían bajo el modelo de la LPHE, cabe notar que la técnica normativa empleada en estas innovaciones de las normas autonómicas, particularmente en el caso de la gallega, no resulta totalmente original: recuerda (y mucho) a la dispuesta por los instrumentos urbanísticos para practicar la graduación de cautelas referidas a las intervenciones en los inmuebles incluidos en sus respectivos Catálogos (estructurados en niveles y grados de protección). Hasta este punto, podría afirmarse que más que dar mayor protagonismo a los instrumentos de tutela urbanísticos (tradicionalmente más flexibles y graduales en el diseño del régimen de tutela) lo que se está tratando de hacer es importar su diseño y virtudes a las técnicas previstas en la norma sectorial de Patrimonio (favoreciendo, en cierto modo, una suerte de duplicación de aquellos).

A todo esto, hemos de preguntarnos, además, si estos nuevos diseños de graduación del régimen de protección vienen acompañados de un mayor reconocimiento de competencias a favor del Municipio, de mayores espacios de operatividad para la licencia urbanística en los nuevos niveles de protección previstos. No parece ser así. En el caso de la Ley gallega, todos los BICs, con independencia de su nivel de protección, así como los Bienes Catalogados (el siguiente nivel) quedan sometidos con carácter general a la autorización cultural preceptiva según se dispone en su art. 39, al igual que ocurrirá en la Ley canaria (art. 73). En la Ley vasca, aunque sí se opera una amplia remisión a la normativa urbanística municipal por cuanto respecta a la concreción del régimen jurídico correspondiente a los Bienes Culturales de protección básica (art. 45), debe considerarse que esta categoría de protección no presenta a ninguna otra bajo ella, luego coincide en esencia con el tradicional tercer nivel de protección: los inmuebles objeto de la catalogación urbanística, que siempre han estado en manos municipales. Esta graduación de nuevos niveles de protección, por tanto, no arroja como efecto nada parecido a cuanto exponíamos en el modelo de Castilla y León: la licencia urbanística no gana terreno alguno que anteriormente no ocupara ya en otros modelos autonómicos[24]. No se está operando aquí, insistimos, un reequilibrio del protagonismo competencial entre la Administración cultural autonómica y la Administración urbanística local, sino una flexibilización o graduación de la intensidad del régimen a ejecutar por la primera, importando (y duplicando, en cierto modo) las técnicas propias de la segunda. Es por ello que tampoco podemos identificar en estas novedades una fórmula que haya contribuido, de forma efectiva, a implementar la coordinación de ambos niveles territoriales, tan reclamada por la doctrina.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Completado el repaso por el Derecho autonómico, comprobamos que son múltiples las vías a través de las cuales se ha ido operando una progresiva «erosión» de la desproporcionada posición prevalente que la LPHE otorgaba a la autorización cultural preceptiva. De este modo, se permite que la licencia urbanística, de una parte, recupere espacios que quizás nunca debería de haber perdido (como es el caso de obras menores, sin impacto efectivo en los bienes, o aquellas obras interiores que afectan a inmuebles situados en entornos de protección) y, de otra, que la misma cobre un mayor protagonismo en el control efectivo del cumplimiento del régimen de protección cultural de los bienes, allí donde se la habilita expresamente para supervisar las intervenciones propuestas sobre concretas categorías (como ocurre con los Bienes Inventa-

sas tipologías de intervención (conservación, rehabilitación, consolidación, mejora…) de forma genérica, sin precisar los espacios que corresponderían a cada una ni orden de prelación alguno.

[24] Es cierto, sin embargo, que hemos centrado nuestro análisis en la figura del Municipio, como principal instancia competente en materia urbanística, sin entrar a valorar el protagonismo cobrado por otras Entidades territoriales intermedias, particularmente destacado en casos singulares, como los de País Vasco o Canarias, donde las peculiaridades de su organización territorial han facilitado la integración de aquellas en los procedimientos de control y autorización ligados a la tutela del Patrimonio cultural (nos referimos aquí a las Diputaciones Forales, en el primer caso, y a los Cabildos insulares, en el segundo).

riados en el caso de Castilla y León, así como en los supuestos en que se declara expresamente la admisibilidad de habilitación/delegación expresa, operable para concretos bienes).

En algunos casos, sin embargo, ha sido inevitable llevar a cabo una valoración más comedida ante el bajo impacto de ciertas medidas, ya sea por las limitaciones con las que se ha operado su diseño legislativo (como es el caso de la incorporación de nuevos niveles de protección para los Bienes de Interés Local), como por su escasa relevancia práctica (como ocurre con las figuras dedicadas a los Municipios especializados, para los que no se configura régimen alguno de delegación de competencias y que presentan un bajo nivel de implantación)[25]. Mención especial merecen las nuevas graduaciones de protección operadas en las Leyes autonómicas más recientemente reformadas, donde hemos identificado una oportunidad perdida para favorecer una mayor descentralización a favor de los Municipios (resultando verdaderamente curioso que, manteniendo intacta la competencia autonómica para la autorización de intervenciones, por contra, se venga a realizar una suerte de copia del diseño de la estructura tradicional de los Catálogos Municipales para reordenar del régimen aplicable a los diversos niveles creados).

A pesar de todas estas modulaciones, cabe recordar que perduran en los diseños autonómicos desajustes clásicos derivados del modelo estatal y fuertemente criticados por la doctrina. De entre todos ellos destaca el tratamiento dado a los Monumentos y Jardines Históricos que, en buena medida y salvo las contadas excepciones analizadas (limitadas exclusivamente a sus entornos de protección), permanecen sujetos a autorización cultural preceptiva. Resulta llamativo que en estos casos no se hayan explorado más generalizadamente otras posibilidades para respetar mayores espacios a la licencia municipal. Aquí bien podría extenderse la solución otorgada para los Conjuntos (Fernández Rodríguez, 2001, p. 245), apoyada en la aprobación de un Plan Especial específico para Monumentos, o bien habilitar en el mismo sentido otras figuras idóneas para planificar las intervenciones en estos casos, como los Planes Directores (cuya previsión queda con frecuencia condicionada a las necesidades de conservación del edificio[26] pero, ¿por qué no también a la oportunidad de la simplificación de su régimen administrativo de control?), toda vez que la singularización del régimen de tutela parece una opción cada vez menos contestada.

El conjunto de las soluciones arbitradas por las Leyes autonómicas que determinan un mayor papel a la intervención del Municipio es, pues, muy heterogéneo en sus fórmulas y dispar en su alcance. Y aunque es lógico que así sea (pues las realidades municipales pueden presentar aspectos diferenciadores de una región a otra que justifique enfoques diversos), tan sólo lo es hasta cierto punto. No dejaría de resultar conveniente que, en una reforma legislativa de calado largamente esperada como es la que debería afectar a la LPHE, se planteara la oportunidad de introducir alguna de las modulaciones analizadas con respecto al régimen de la autorización cultural (cuando menos, la previsión de la posibilidad de delegar su ejercicio en los Municipios cualificados). La inamovilidad del régimen básico dispuesto para todo el Estado es un factor que, como hemos visto en algún caso (el de la Ley madrileña), puede imponer una frenada en seco para las reformas autonómicas más atrevidas.

Con independencia de la motivación que respaldara estas puntuales reformas operadas por los Legisladores autonómicos, puede sostenerse que las mismas son un inequívoco reflejo de la necesidad de contracción de la intervención de la Administración cultural en este sector, sin duda propiciada por la hipertrofia en que ha derivado el exceso de declaraciones y el sobredimensionamiento de unas técnicas de protección que, por su rigor, no estaban previstas para aplicarse sobre tal cantidad y variedad de realidades. A día de hoy, la Administración autonómica no debería seguir teniendo que pronunciarse ante intervenciones de escaso calado en los bienes o que afecten a inmuebles de interés menor, puesto que no contribuirá a que el conjunto de su intervención sea ágil y eficiente.

En líneas generales, cabe valorar positivamente el conjunto de las correcciones operadas por el legislador autonómico, por cuanto de positivo tiene la intensificación del concurso de la Administración local en un sector donde la Administración autonómica se manifiesta cotidianamente superada. A la luz del panorama actual descrito, resultan evidentes los excesos cometidos, en cantidad y calidad, a la hora de ejercer la potestad de declaración: protegemos bienes que no merecen una protección de máximo nivel, con consecuencias que no sólo incidirán en la inadecuada tutela de estos, sino también en detrimento de los bienes que verdaderamente la merecen (Alonso Ibáñez, 2014, p. 25); y protegemos bienes que luego, a fin de cuentas

[25] Tras analizar el caso de los «Municipios Monumentales» en Aragón, hemos conocido que, tras más de 20 años de vigencia de la Ley, no se ha producido dicho reconocimiento a Municipio alguno y que el único que parece haberlo instado formalmente (Sos del Rey Católico), lleva años a la espera de un pronunciamiento del Gobierno regional.

[26] Así lo dispone, por el ejemplo, el art. 47.3 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria.

(por insuficiencia de recursos financieros y de personal), no podemos proteger. Si revisar las declaraciones de protección ya formalizadas se antoja como una opción políticamente inimaginable, las soluciones han de pasar por la modulación de su régimen jurídico (pues ya no se protegen solo los bienes más relevantes) y por un mayor y más equilibrado reparto entre los diversos niveles administrativos de la carga ejecutiva que conlleva su puesta en práctica.

Sin duda, por cuanto se ha analizado, es un momento oportuno para impulsar una mayor descentralización en la tutela del Patrimonio cultural, poniendo en valor –tal y como afirmaba el texto legal con el que abríamos estas líneas– la labor desempeñada hasta ahora por muchos Ayuntamientos (huelga decir, los que han operado correctamente y con criterio). Hasta ahí nuestra sintonía con el pasional tono que la norma gallega dedica a la justificación de su propuesta, pues algunas matizaciones se nos antojan necesarias.

En primer lugar, la necesidad de una implementación de la autonomía local en este sector no debe ser leída exclusivamente desde un enfoque político en virtud del cual todo centralismo resulta peyorativo por obedecer meramente a fríos criterios técnicos. La presencia de una instancia centralizada va a seguir siendo necesaria por múltiples motivos: para empezar, es evidente que no todos los Municipios van a poder contar con medios y capacitación para asumir según qué cometidos; para seguir, no todas las decisiones que deban tomarse sobre los bienes que integran el Patrimonio presentan una dimensión local, sino que muchas precisan de su articulación con intereses, culturales y de otras naturalezas, que trascenderán al Municipio (algo que la propia Ley gallega ilustra, cuando sustrae a la licencia municipal la capacidad de autorizar intervenciones sobre inmuebles que se integren en el Camino de Santiago); y, en conexión con lo anterior, cabe recordar que cada vez con más frecuencia se evidencia también la necesidad de abordar la tutela patrimonial desde una perspectiva horizontal, integrada junto a la atención de otros intereses públicos, en el marco de ámbitos territoriales también trascendentes a la propia ciudad histórica o al Municipio (Alonso Ibáñez, 2014, pp. 25 y ss.; Barrero Rodríguez, 2012, p. 160; Sánchez-Mesa Martínez, 2019, p. 72) donde, necesariamente, un centro (o varios) ha de coordinar, sin perjuicio de la obligada participación de los Entes Locales afectados.

En segundo lugar, la idea de que una mayor autonomía local, resultante de la descentralización, acerca las decisiones públicas a la ciudadanía, conecta en el preámbulo de la norma escogida con otra idea en virtud de la cual se afirma que el Patrimonio «pertenece» a la comunidad local. No se trata aquí de discutir sobre el alcance territorial que puede presentar el interés cultural de un concreto bien (donde muchas dudas nos generaría pensar que, en todo caso, el mismo nunca trasciende a la comunidad donde se ubica), sino de recordar algo que todas las normas vigentes en nuestro país sobre la materia advierten: los bienes que integran el Patrimonio no pertenecen tan solo a los ciudadanos de hoy, sino también a los del mañana, aquellas «generaciones futuras» a las que el mismo debe, por mandato legal, ser transmitido en su autenticidad y originalidad. Ello nos devuelve de nuevo a la conveniencia de establecer límites a lo que una comunidad puede decidir con respecto al Patrimonio cultural que recibe; límites que, nuevamente, nos reconducen al necesario concurso del juicio técnico.

La dicotomía no puede establecerse en estos términos, pues «la alta pericia técnica y la necesidad del dictamen experto» no tienen que contraponerse necesariamente al «sentimiento de proximidad e identificación de la ciudadanía con el patrimonio cultural» o, como se pretende insinuar, a su mayor derecho a decidir sobre este bien. Más bien –y sin importar que la balanza haya estado tradicionalmente descompensada a favor de los primeros– ambos están llamados a articularse equilibradamente en aras de la adecuada protección y transmisión de los valores ínsitos en el Patrimonio cultural, una tarea nada sencilla pero irrenunciable para el régimen jurídico que le afecte.

Por último, permítasenos una reflexión adicional que, aunque trascienda del objeto de este estudio por proyectarse sobre sujetos bien diferentes, no deja de resultar crucial para completar el idóneo enfoque requerido por un eventual reajuste de nuestro sistema de protección del Patrimonio cultural: si minusvalorar el potencial que pueden ofrecer las Entidades Locales en la protección y gestión del Patrimonio cultural constituye un lujo que, en un país dotado de semejante riqueza de manifestaciones, no puede permitirse, tanto menos lo será –tal y como hemos insistido en trabajos previos (Sánchez-Mesa Martínez, 2014; 2015)– prescindir del papel activo que puede desempeñar la sociedad civil (comprendiendo allí a particulares –propietarios y no propietarios de dichos bienes–, asociaciones, fundaciones o empresas). Regresando sobre las palabras del preámbulo de la Ley gallega con las que comenzábamos estas líneas, aún puede ocurrir que, incluso otorgando un mayor papel a los Municipios en este ámbito, no hagamos sino perseverar en una tutela patrimonial que continuará «de espaldas a la propia ciudadanía», aquella que, en el contexto del régimen jurídico actual, continua contando con raquíticos espacios para su participación activa y, en el caso

particular de los propietarios privados de bienes protegidos, con pesados deberes y cargas no suficientemente compensados. No en vano, junto a la necesidad de cobrar conciencia de nuestros «excesos de celo patrimonial» («no todo puede protegerse»), este concreto apartado constituye sin duda el segundo elemento a derribar del paradigma de nuestros modelos de protección: «todo ha de protegerse desde lo público». El volumen y particularidades del Patrimonio cultural español determinan, de partida, la insuficiencia de tales modelos. Negarse a abandonar dichos paradigmas puede responder a otros intereses, pero desde luego no al de optimizar el alcance y la eficacia de la tutela requerida por el ingente legado que constituye nuestro Patrimonio cultural.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad Liceras, J. M. (2003). *Administraciones locales y Patrimonio Histórico*. Montecorvo.

Alonso Ibáñez, M. R. (2005). *Los Catálogos Urbanísticos y otros Catálogos Protectores del Patrimonio Cultural Inmueble*. Aranzadi.

Alonso Ibáñez, M. R. (2014). La tercera generación de Leyes del Patrimonio Histórico. *Patrimonio Cultural y Derecho*, (18), 11-28.

Álvarez Álvarez, J. L. (coord.) (2004). *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Marcial Pons.

Barrero Rodríguez, C. (1997). La organización administrativa de las Bellas Artes: unas reflexiones de futuro. *Patrimonio Cultural y Derecho*, (1), 75-99.

Barrero Rodríguez, C. (2012). La ciudad histórica ante un nuevo modelo urbanístico. *Patrimonio Cultural y Derecho*, (16), 137-161.

Bermúdez Sánchez, J. (2019). *Derecho del patrimonio histórico y cultural. Gestión estatal, autonómica y local* [colección: Temas de la Administración Local, 108]. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional - CEMCI.

Domínguez Martín, M. (2017). La transformación del control local: de la licencia urbanística a la actuación comunicada. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, *51*(311), 101-124.

Fernández Rodríguez, T. R. (2001). La ordenación urbanística de los conjuntos históricos: breve denuncia de los excesos al uso. En T. R. Fernández Rodríguez, *Estudios de Derecho ambiental y urbanístico* (pp. 241-254). Thomson Reuters Aranzadi.

Galán Pérez, A. y Pardo San Gil, D. (coords.) (2018). *Las Profesiones del Patrimonio Cultural. Competencias, formación y transferencia del conocimiento: reflexiones y retos en el Año Europeo del Patrimonio Cultural 2018*. GE-IIC y ACRE.

García Fernández, F. J. (1997). La protección jurídica del Patrimonio Cultural: Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la Ley del Patrimonio Histórico Español. *Patrimonio Cultural y Derecho*, (1), 53-74.

González-Varas Ibáñez, S. (1998). *La rehabilitación urbanística*. Aranzadi.

López Ramón, F. (2003). Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del patrimonio cultural. En S. de Dios, J. Infante, R. Robledo y E. Torijano (coords.), *Historia de la Propiedad. Patrimonio Cultural* [III encuentro interdisciplinar. Salamanca, 28-31 de mayo de 2002] (pp. 525-548). Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Martínez Justicia, M. J. y Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (2009). *La restauración de bienes culturales en los textos normativos: selección, traducción y estudio critico de documentos normativos nacionales e internacionales* [colección: Estudios sobre el Derecho a la Cultura y Régimen Jurídico del Patrimonio Cultural]. Comares.

Menéndez i Pablo, F. X. (2018). El técnico municipal de patrimonio cultural: una figura por definir e institucionalizar. En A. Galán Pérez y D. Pardo San Gil (coords.), *Las Profesiones del Patrimonio Cultural. Competencias, formación y transferencia del conocimiento: reflexiones y retos en el Año Europeo del Patrimonio Cultural 2018* (pp. 118-124). GE-IIC y ACRE.

Rebollo Puig, M. (2019). De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (11), 6-28. https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10655

Sánchez Luque, M. (2003). La tutela municipal del patrimonio urbano a través de los documentos internacionales. *Boletín de Arte*, (24), 337-362. https://doi.org/10.24310/BoLArte.2003.v0i24.4690

Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (2003). L'assetto delle competenze in materia di beni culturali nell'ordinamento spagnolo: la centralità della regione. *AEDON: Rivista di Arte e Diritto On Line*, (3/2003). https://www.rivisteweb.it/doi/10.7390/12090

Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (2013). El afianzamiento del respeto a la diversidad cultural como principio rector de las políticas culturales en el marco de un mundo globalizado: su especial incidencia en las normas jurídicas para la protección del Patrimonio Cultural. *Direito Público*, (54), 14-30.

Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (2014). El ciudadano ante el Patrimonio cultural: algunas reflexiones en torno al alcance de su posición jurídica activa a la luz del régimen jurídico previsto para su protección. *Periférica Internacional: Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, (15), 359-380. http://dx.doi.org/10.25267/Periferica.2014.i15.24

Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (2015). El fomento del Patrimonio cultural a través de vías no fiscales o presupuestarias: nuevos canales para el estímulo de la participación privada en el sector. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (19), 495-531. http://hdl.handle.net/10481/58172

Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (2018). El conservador-restaurador en la legislación de Patrimonio Cultural. En A. Galán Pérez y D. Pardo San Gil (coords.), *Las Profesiones del Patrimonio Cultural. Competencias, formación y transferencia del conocimiento: reflexiones y retos en el Año Europeo del Patrimonio Cultural 2018* (pp. 452-463). GE-IIC y ACRE.

Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (2019). Planning territorial policies against inner areas depopulation in Spain: keys for sustainable management of cultural and environmental resources. *Il Capitale Culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage*, (19), 53-81. https://doi.org/10.13138/2039-2362/1980

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 09-03-2023
Modificado: 20-03-2023
Aceptado: 20-03-2023
Prepublicado: 24-03-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11202
Páginas: 172-196

Referencia: Román Márquez, A. (2023). Las cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 172-196. https://doi.org/10.24965/reala.11202

Las cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas[1]

Social and environmental clauses in public subsidies

Román Márquez, Alejandro
Universidad de Sevilla (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5519-6616
aroman2@us.es

NOTA BIOGRÁFICA

Alejandro Román Márquez es licenciado en Derecho (2004), Doctor (2009) −Universidad de Granada− y máster en Patrimonio Cultural y Natural (2012) −Universidad Internacional de Andalucía−. Es profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla y miembro del Instituto Universitario de Investigación Clavero Arévalo. Sus principales líneas de investigación son el Derecho del turismo, la contratación pública y el Derecho Administrativo económico.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto de estudio el uso de cláusulas sociales y ambientales en la actividad subvencional de las Administraciones públicas, examinando su régimen jurídico, regulado principalmente por normas autonómicas, y exponiendo las principales iniciativas llevadas a cabo en este ámbito. Una vez presentado el estado actual de la ciencia, se reflexiona acerca de los bienes jurídicos potencialmente afectados y sobre la existencia de límites aplicables a estos instrumentos de ambientalización y socialización de las subvenciones pública.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas sociales; cláusulas ambientales; fomento; subvenciones; contratos públicos.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the use of social and environmental clauses in the subsidy activity of public administrations, examining their legal regime, mainly regulated by regional regulations, and exposing the main initiatives carried out in this area. Once the current state of science has been presented, we reflect on the legal assets potentially affected and on the existence of limits applicable to these instruments of environmentalization and socialization of public subsidies.

KEYWORDS

Social clauses; environmental clauses; development policy; subsidies; public procurement.

[1] Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España “Retos jurídicos para un sistema energético 100 % renovable” (PID2021-124031NB-C41), coordinado por el proyecto de investigación “Marco jurídico de la descarbonización” (MACODESCARB).

SUMARIO

1. SIGUIENDO EL MODELO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA AMBIENTALIZACIÓN Y SOCIALIZACIÓN DE LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS. 2. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS. 2.1. INTRODUCCIÓN. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LOS DIFERENTES MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL. 2.2. REQUISITOS SOCIALES Y AMBIENTALES PARA LA ADMISIBILIDAD DE CANDIDATOS Y PROHIBICIONES PARA SER BENEFICIARIO DE SUBVENCIONES DE CARÁCTER SOCIAL Y AMBIENTAL. 2.3. REQUISITOS SOCIALES RELATIVOS A LA COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE LAS SUBVENCIONES. 2.4. CRITERIOS SOCIALES Y AMBIENTALES PARA LA SELECCIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE LA SUBVENCIÓN. 2.5. OBLIGACIONES PARA EL BENEFICIARIO DE NATURALEZA SOCIAL Y AMBIENTAL. 2.6. SEGUIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES. PREVISIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO. 3. LA CONVENIENCIA DE ESTABLECER LIMITACIONES AL USO DE CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. SIGUIENDO EL MODELO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA AMBIENTALIZACIÓN Y SOCIALIZACIÓN DE LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS.

Como recuerda Martínez Manzaneque (2020, p. 95), las tareas asumidas por las Administraciones públicas no son siempre las mismas, pues éstas deben adaptarse a distintas directrices y orientaciones políticas, económicas y sociales, y así ha ocurrido con la actividad subvencional, que ha ido incorporando los objetivos perseguidos por los poderes públicos en cada momento. Diferentes cuestiones pertenecientes a los ámbitos social y ambiental han permeado este instrumento de fomento, si bien con formas e intensidades desiguales. La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, *General de Subvenciones* (en adelante, LGSubv), y su normativa de desarrollo tienen en cuenta aspectos sociales desde una perspectiva exclusivamente procedimental: permiten sustituir el régimen general de concurrencia competitiva por un procedimiento de concesión directa cuando existan razones excepcionales de interés público, social, económico o humanitario (art. 22.2 letra *c* LGSubv). También permiten exonerar de la obligación de constituir garantía a aquellas entidades no lucrativas que desarrollen proyectos o programas de acción social (art. 42.2 letra *d* del Reglamento de la LGSubv[2]) y habilitan el pago anticipado de aquellas subvenciones destinadas a financiar proyectos o programas de acción social y cooperación internacional que sean concedidas a entidades sin fines lucrativos (art. 88.2 del mismo Reglamento). Por lo que se refiere a la finalidad de las subvenciones, la propia naturaleza de este instrumento determina que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública, lo que permite brindar apoyo financiero a una gran cantidad de iniciativas de carácter social y ambiental. Sin embargo, cuando se hace alusión al empleo de *cláusulas* sociales y ambientales en las subvenciones públicas no se tiene en cuenta el objeto o la finalidad de la actividad subvencionada, sino la existencia de parámetros sociales o ambientales exigidos o valorados en las normas reguladores de la subvención para seleccionar a sus beneficiarios o imponerles obligaciones durante la ejecución de la actividad subvencionada, incluso en aquellos supuestos en los que la subvención no vaya dirigida a actividades de carácter social o ambiental. El propósito de estas cláusulas es, por lo tanto, privilegiar a determinados solicitantes y a determinadas actividades con el objetivo último de fomentar fines concretos de política ambiental y/o social, y ello con independencia, como se ha señalado, de que el objeto principal de la subvención no posea naturaleza social o ambiental. Así ocurre, por ejemplo, cuando se subvencionan las obras de modernización de establecimientos de alojamiento turístico, exigiéndose o valorándose una serie de mejoras en la eficiencia energética de los inmuebles. El uso de cláusulas sociales y ambientales en la actividad subvencional de las Administraciones públicas produce un fenómeno que podría denominarse *ambientalización* y *socialización* de las subvenciones públicas.

Tal y como ocurre en el ámbito de la contratación pública, existen cláusulas *conservadoras* (Andrés Pérez, 2016) o *garantistas*, que se limitan a verificar el cumplimiento de determinadas normas de conducta

[2] Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones*.

como requisito para el otorgamiento de la subvención, incluso durante el desarrollo de la actividad subvencionada[3]; y cláusulas *innovadoras* (Andrés Pérez, 2016), que exigen o valoran parámetros que exceden de lo exigido por el ordenamiento jurídico ─por ejemplo, que el solicitante disponga de una plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores fijos o en riesgo de exclusión social; o que la subvención solamente pueda emplearse para adquirir productos que dispongan de etiquetado ecológico─. Como ocurre también en el ámbito de la contratación pública, solamente las segundas deben ser consideradas como auténticas cláusulas sociales y ambientales, pues solo con ellas se cumple la finalidad perseguida al incluirlas en el procedimiento subvencional, que no es otro que contribuir a la mejora de las condiciones sociales y ambientales de la sociedad en su conjunto más allá de lo estrictamente exigido en cada momento por el ordenamiento jurídico. Así lo manifiestan las escasas normas que regulan esta técnica, así como las guías elaboradas por las Administraciones públicas para orientar el trabajo de los operadores jurídicos. En tal sentido, el Decreto de la Diputación Foral de Vizcaya 16/2018, de 27 de febrero[4], entiende que la gran relevancia económica de las diversas actividades realizadas por las Administraciones públicas, las cuales impactan significativamente en el mercado y en el empleo, hacen de ellas un referente fundamental en relación con el fomento de determinados valores de interés general. Por esta razón, la inclusión de cláusulas sociales y ambientales puede convertir a las subvenciones en instrumentos extraordinariamente relevantes para el desarrollo de las políticas públicas. La finalidad de este mecanismo es, por lo tanto, convertir a las Administraciones públicas en un referente respecto de determinados valores sociales y ambientales, utilizando a las subvenciones como una poderosa técnica para su fomento.

A pesar de la relevancia económica y jurídica del fenómeno de la ambientalización y socialización de las subvenciones públicas, ni la LGSubv, ni la jurisprudencia ni la doctrina especializada se han ocupado por el momento de este fenómeno. Apenas existen referencias normativas, y las existentes componen un marco jurídico heterogéneo e incompleto y con un claro desequilibrio en favor de las cuestiones sociales en detrimento de las medioambientales. El objeto de este estudio es ofrecer una visión general de las diferentes normas y documentos que exigen, habilitan u orientan el uso de cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas, pero también reflexionar sobre el alcance de esta técnica, tratando de identificar algunos sus límites. Para esta tarea se va a contar con la experiencia acumulada en el ámbito de la contratación pública, la cual ofrece un bagaje normativo y jurisprudencial en materia de ambientalización y socialización de la actividad de las Administraciones públicas que puede servir de orientación, allí donde sea aplicable, a la actividad subvencional.

2. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS.

2.1. Introducción. La inclusión de cláusulas sociales y ambientales en los diferentes momentos de la actividad subvencional

La inclusión de cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas se contempla incluso respecto de momentos anteriores a los concretos procedimientos de concesión de subvenciones, con previsiones relativas a sus bases reguladoras[5], pero también a una fase anterior a ésta, como es la planificación de la actividad subvencional de las Administraciones públicas. Así lo hace, por ejemplo, la normativa valenciana, que exige la concreción de los objetivos de política social o ambiental de las diferentes subvenciones en su planificación estratégica[6], o la redacción actual de la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, *para la Igualdad de Mujeres y Hombres*, que exige el análisis de determinadas circunstancias relativas a la igualdad

---

[3] Como la prohibición de que las personas o entidades que no se hallen al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social, o que tengan su residencia en un *paraíso fiscal*, puedan ser beneficiarias de subvenciones públicas (art. 13.2 letras *e* y *f* LGSubv).

[4] Exposición de motivos del Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 16/2018, de 27 de febrero, *que modifica el Reglamento de Subvenciones, de desarrollo de la Norma Foral 5/2005, de 31 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por la Administración Foral, aprobado por Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 34/2010, de 23 de marzo, y aprueba la guía para la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas en los procedimientos de subvenciones de la Diputación Foral de Bizkaia*.

[5] Entre otras, la Ley 11/2016, de 28 de julio, *de igualdad de mujeres y hombres* (artículo 11.2).

[6] Artículo 19.1 del Decreto 118/2022, de 5 de agosto, *por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones*.

entre hombres y mujeres en sus planes estratégicos de subvenciones[7]. Además, tal y como ocurre en la contratación pública, la exigencia o posibilidad de insertar cláusulas sociales y ambientales abarca todas las etapas de la actividad subvencional, desde la aprobación de las convocatorias a la ejecución de las actividades subvencionadas, pasando por la admisión de los interesados y la valoración de sus solicitudes. En los siguientes epígrafes se exponen ejemplos de esta técnica en los diversos momentos de la actividad subvencional.

2.2. Requisitos sociales y ambientales para la admisibilidad de candidatos y prohibiciones para ser beneficiario de subvenciones de carácter social y ambiental

Algunas normas habilitan a las Administraciones públicas para incluir en las bases reguladoras o en las convocatorias de subvenciones determinadas exigencias que deberán concurrir necesariamente en todos aquellos interesados en participar en los procedimientos de otorgamiento de subvenciones, constituyendo requisitos de admisibilidad de los candidatos a resultar beneficiarios de éstas. Así lo hace, por ejemplo, la citada Ley vasca 4/2005, la cual exige a los poderes públicos que incluyan en las bases o normas reguladoras de sus subvenciones, entre los requisitos que han de cumplir tanto las personas físicas como jurídicas que deseen resultar beneficiarias de tales subvenciones, bien la acreditación de una *trayectoria* en materia de igualdad de mujeres y hombres; bien que entre sus fines estatutarios, finalidad social u objetivo fundacional figure la promoción de la igualdad; o bien que las personas encargadas de la ejecución del proyecto o actividad subvencionada posean una formación específica en materia de igualdad de mujeres y hombres (art. 21 bis número 3 letra *a*[8]). Los documentos elaborados por las Administraciones Públicas para servir de guía en esta materia también proponen una gran variedad de requisitos de carácter social y medioambiental para ser beneficiarios de subvenciones, atendiendo a circunstancias como la perspectiva de género, la integración de trabajadores con discapacidad, la calidad ambiental, los derechos de los trabajadores, la seguridad en el trabajo o el comercio justo[9]. En cuanto a las entidades colaboradoras, el Decreto valenciano 118/2022, de 5 de agosto, *por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones*, permite que las bases reguladoras de las subvenciones contengan criterios de solvencia de carácter social o medioambiental, de forma que pueda restringirse la posibilidad de intervenir como entidad colaboradora a aquéllas que cumplan determinadas exigencias preestablecidas por las Administraciones públicas (art. 21.3).

También existen prohibiciones legales para resultar beneficiario de subvenciones fundamentadas en circunstancias sociales y ambientales. El precepto de referencia para impedir que determinados candidatos puedan resultar beneficiarios de subvenciones por razones de carácter social es el artículo 13.3 LGSubv, el cual dispone que «[e]n ningún caso podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta ley las asociaciones incursas en las causas de prohibi-

---

[7] Artículo 21 *bis* número 5, introducido por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, *de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres*.

[8] Esta previsión ha sido añadida por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, *de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres*.

[9] Así, por ejemplo, la guía elaborada por la Diputación Foral de Vizcaya propone que en las convocatorias de subvenciones que por su contenido u objetivo incorporen la perspectiva de género, entre los requisitos que deben reunir los beneficiarios de la subvención figure la trayectoria y el desarrollo de actuaciones dirigidas a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para acreditar este extremo se proponen los siguientes mecanismos: *a)* experiencia de la entidad y del equipo humano en materia específica de igualdad de mujeres y hombres (señalando actuaciones y trabajos más relevantes realizados en los tres últimos años), así como titulación, formación y experiencia específica del personal en materia de género; *b)* indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, que participarán en la ejecución de la subvención, señalando titulación y experiencia específica en este ámbito; *c)* escritura fundacional o estatutos de la entidad donde figure como objetivo el favorecimiento de la igualdad de mujeres y hombres; *d)* posesión de certificado o distintivo empresarial en materia de igualdad, o de entidad colaboradora en Igualdad de mujeres y hombres, así como cualquier otro distintivo análogo de carácter oficial; *e)* acreditación de que el porcentaje de mujeres usuarias o beneficiarias de la entidad en los últimos tres años ha sido, al menos, del cincuenta por ciento; y *f)* acreditación del diseño y aplicación de un Plan de Igualdad de mujeres y hombres, o aplicación de medidas para la conciliación de la vida familiar, laboral y personal. Otros requisitos pueden ser: *a)* que la plantilla de la entidad tenga contratado un determinado número de personas con discapacidad, *b)* tener la consideración de empresa de inserción, *c)* disponer de un certificado de calidad medioambiental expedido por un organismo oficial de certificación, *d)* acreditar el respeto al convenio colectivo que resulte de aplicación a las personas trabajadoras que realicen la actividad objeto de la subvención, *e)* disponer de las certificaciones que resulten de aplicación en materia de seguridad e higiene en el trabajo, *f)* ser una entidad reconocida como *Organización de Comercio Justo*, o *g)* contar con un programa de *cumplimiento normativo* o *compliance penal*. Diputación Foral de Vizcaya (2018, pp. 8 y 9).

ción previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación». Concretamente, el artículo 4 de la citada Ley Orgánica hace mención, en su apartado 5, a aquellas asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Algunas normas autonómicas han recogido esta misma prohibición en sus propias normas, tanto a nivel legal como reglamentario. Entre las primeras, puede citarse la Ley balear 11/2016, de 28 de julio, *de igualdad de mujeres y hombres*, cuyo artículo 11.2 prohíbe el otorgamiento de subvenciones a empresas y entidades sancionadas o condenadas en firme, durante los últimos tres años, por haber ejercido o tolerado prácticas laborales consideradas discriminatorias por razón de sexo o de género[10]. El Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda de Euskadi*, dispone en su artículo 50.5 que «[n]o se podrá conceder ningún tipo de ayuda o subvención a ninguna actividad que sea discriminatoria por razón de sexo, ni tampoco a aquellas personas físicas y jurídicas que hayan sido sancionadas administrativa o penalmente por incurrir en discriminación por razón de sexo o por incumplimiento de la normativa en materia de igualdad de mujeres y hombres, durante el período impuesto en la correspondiente sanción. Tampoco podrán recibir ayudas o subvenciones las empresas que, debiendo tener un plan de igualdad vigente según la normativa del Estado, no lo tengan, ni aquellas empresas de más de 50 personas trabajadoras que no acrediten haber establecido medidas para prevenir y combatir el acoso sexual o acoso por razón de sexo en los términos establecidos por la legislación del Estado en materia de igualdad de mujeres y hombres»[11]. Entre las segundas, la Norma Foral 3/2007, de 27 de marzo, *de subvenciones del Territorio Histórico de Guipúzcoa*, prohíbe otorgar subvenciones a aquellas asociaciones y organizaciones que discriminen por razón de sexo, en los términos regulados en la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, *para la igualdad de mujeres y hombres*, salvo en aquellos supuestos en los que se persiga «un efecto de corrección de desigualdades entre sexos».

El ordenamiento jurídico también incluye ciertas prohibiciones fundamentadas en circunstancias de carácter medioambiental. Así, por ejemplo, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, *de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un modelo energético en Andalucía*, prohíbe que los candidatos que cometan determinadas infracciones previstas en esta norma puedan ser beneficiarios de subvenciones[12]. El plazo de prohibición va desde los dos años en caso de comisión de infracciones leves y graves a los cuatro años si se cometen infracciones calificadas como muy graves (art. 59.1). En el mismo sentido, la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, *de cambio climático y transición energética de Canarias*, establece, como sanción accesoria a la eventual multa pecuniaria, la imposibilidad de obtención de préstamos, subvenciones o ayudas públicas en materia de medioambiente, durante un periodo de dos años, cuando la persona responsable de la infracción hubiere sido sancionada con carácter firme por una infracción grave en materia medioambiental en los cuatro años inmediatamente anteriores a la comisión de la infracción a esta ley (plazo que aumentará hasta los cuatro años cuando la sanción derivase de infracciones muy graves) (art. 92.2 letra *d*).

Tanto las prohibiciones para ser beneficiario de subvenciones como los requisitos para la admisibilidad de candidatos en el procedimiento de concesión constituyen limitaciones a los principios de concurrencia e igualdad consagrados en la LGSubv que, si bien cuentan con amparo legal en la propia norma (art. 13) o en normas de rango legal, como la Ley vasca 4/2005, pueden resultar susceptibles de reproche jurídico en aquellos supuestos concretos que no cuentan con una previsión expresa en la LGSubv relativa a la

---

[10] Este precepto obliga a que las solicitudes de participación en las convocatorias de subvenciones vayan acompañadas por una declaración responsable en la que los candidatos manifiesten no haber sido sancionados o condenados en firme por tales prácticas. Aunque la ley balear circunscribe el periodo de prohibición a los últimos tres años, la declaración responsable debe abarcar todo el periodo de actividad de las empresas o entidades solicitantes, pues éstas están obligadas a manifestar que *nunca* han sido objeto de sanción administrativa o de sentencia condenatoria firmes.

[11] Previsión añadida por la Disposición Final Sexta de la ley 4/2005, de 18 de febrero, *para la igualdad de mujeres y hombres*; y por la Disposición Final Cuarta de la Ley 1/2022, de 3 de marzo, *de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres*, que introdujo el inciso relativo a la exigencia del plan de igualdad y al establecimiento de medidas para prevenir y combatir el acoso sexual o por razón de sexo.

[12] El catálogo de infracciones previsto en esta norma incluye, por ejemplo, la omisión de presentar a la Administración competente determinados documentos de índole medioambiental (como los informes de emisiones o de auditorías energéticas, o los informes de verificación de emisiones), la omisión del deber de custodia del registro de emisiones durante determinado plazo, la falta de exhibición pública del certificado del *Sistema Andaluz de Emisiones Registradas*, la falsedad en los datos recogidos en los citados documentos o el incumplimiento del deber de reducción de emisiones en los términos fijados por la ley (arts. 55 a 57).

posibilidad de utilizar criterios de naturaleza ambiental o social, como ocurre con determinados criterios de admisibilidad de los candidatos a la subvención. Esta sería la razón por la cual los documentos elaborados por las Administraciones públicas en esta materia muestran especial cautela a la hora de proponer el uso de tales limitaciones. Así sucede, por ejemplo, con la Guía elaborada por la Diputación Foral de Guipúzcoa (s. f., pp. 48 y 49), la cual, a pesar de mantener que «[…] no existe ninguna objeción jurídica para requerir como requisito para obtener la condición de beneficiario o beneficiaria de una subvención la acreditación de una determinada trayectoria, experiencia, equipo humano o formación específica en materia de género», aconseja, para «una mayor garantía jurídica y asegurar la no vulneración del principio de igualdad», una serie de precauciones: *a)* que la igualdad de mujeres y hombres se señale expresamente en el propio objeto y contenido de la actividad subvencionar, *b)* que las bases reguladoras especifiquen con claridad cuáles son los requisitos concretos relacionados con la igualdad de mujeres y hombres necesarios para obtener la condición de beneficiario, y *c)* que la experiencia y competencias exigibles sean proporcionadas con la finalidad y el objeto de la subvención. Tanto la necesidad de vincular el uso de las cláusulas sociales y ambientales a aquellas subvenciones cuyo objeto u contenido esté específicamente referido a circunstancias sociales o ambientales, como su proporcionalidad respecto de los fines perseguidos, son límites a la socialización y ambientalización de las subvenciones que serán analizados en el último apartado de este trabajo.

2.3. Requisitos sociales relativos a la composición de los órganos de selección de los beneficiarios de las subvenciones

La Ley Orgánica 3/2007, de 30 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, exige la composición equilibrada[13] de una serie de órganos colegiados, como los órganos de control y gobierno de los centros docentes (art. 24.2 letra *d*), los órganos consultivos, científicos y de decisión existentes en el organigrama artístico y cultural (art. 26.2 letra *d*), los órganos de selección del personal de la Administración General del Estado (art. 53) o sus órganos colegiados, comités de expertos o comités consultivos (art. 54), además de obligar a las Administraciones públicas a que promuevan la presencia equilibrada de hombres y mujeres en sus órganos de selección y valoración (art. 51 letra *d*). Partiendo de esta previsión general, tanto las normas autonómicas como las guías elaboradas por las Administraciones públicas extienden la obligación de presencia equilibrada de hombres y mujeres a los órganos encargados de la resolución de las convocatorias de subvenciones. Así, por ejemplo, el artículo 20 de la Ley vasca 4/2005 extiende la exigencia de composición paritaria a todos los órganos pluripersonales de la Administración pública (art. 3.9), entre los que figuran los órganos encargados de la concesión de subvenciones, incluyendo expresamente entre éstos a los jurados creados para la concesión de premios subvencionados por la Administración pública (art. 20.2). Las guías elaboradas por las Administraciones públicas añaden a la exigencia de composición equilibrada el que al menos uno de los integrantes del órgano colegiado cuente con formación y experiencia en las concretas materias sobre las que versen las cláusulas ambientales y sociales incluidas en las convocatorias. Así lo hace, por ejemplo, la Guía andaluza sobre incorporación de cláusulas de igualdad en esta materia (Alonso Cuervo y González González, 2013, p. 35), la cual señala, en relación con la comisión de valoración de las solicitudes, que «[a] fin de transversalizar de forma efectiva, la igualdad entre mujeres y hombres, tanto en las bases reguladoras como en la convocatoria es importante que en la Comisión de valoración esté presente, al menos una persona con conocimientos y experiencia en la transversalización de la perspectiva de género tanto en los contenidos objeto de subvención como en la documentación del procedimiento administrativo». La guía elaborada por el Gobierno Vasco (2016, p. 17), además de proponer que al menos una de las personas que integren el órgano de valoración de las solicitudes posea conocimientos en materia de igualdad entre hombres y mujeres, plantea la conveniencia de que puedan participar en las reuniones de tales órganos, con voz pero sin voto, todas aquellas personas con conocimientos específicos y todas aquellas mujeres que sean consideradas *referentes* en la materia en la que se encuadre la subvención, siempre que hayan sido admitidas por la mayoría de asistentes.

El Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de pronunciarse, en su sentencia n.º 13/2009, de 13 de febrero, acerca de la exigencia de composición paritaria de los jurados encargados de la valoración de solicitu-

[13] Esta norma considera «composición equilibrada» aquélla en la cual las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento respecto del conjunto al que se refieran (Disp. Adic. Primera).

des de subvención prevista por la Ley vasca 4/2005. Concretamente, su actual artículo 20.2 (originalmente 20.5) dispone que «[s]in perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las normas que vayan a regular los jurados creados para la concesión de cualquier tipo de premio promovido o subvencionado por la Administración, así como las que regulen órganos afines habilitados para la adquisición de fondos culturales y/o artísticos, deben incluir una cláusula por la que se garantice en los tribunales de selección una representación equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada». Para fundamentar la constitucionalidad de este precepto, el Tribunal Constitucional analiza el antiguo artículo 20.4 de esta Ley (actualmente 20.1), el cual señala que «[s]in perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las normas o actos administrativos que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público, incluidos los periodos de prácticas, deben incluir: […] *b)* Una cláusula por la que se garantice en los tribunales de selección una representación equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuadas». Comienza el Tribunal recordando que en el ámbito del acceso a la función pública o de la promoción en la carrera funcionarial, el artículo 23.2 de la Constitución, que consagra el derecho a acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos, «no puede verse afectado por preceptos que, por lo que hace a quienes pudieran ser llamados a integrarse en los tribunales administrativos de selección de personal, no se refieren a circunstancia alguna relacionada con su propio acceso o promoción en la función pública, ni ellos mismos son titulares a este respecto de otra cosa que de una expectativa, por legítima o fundada que ésta fuere, a formar parte de tales tribunales, no de un derecho en sentido propio». Del mismo modo, respecto de aquellas personas que participen en procesos selectivos para el acceso a la función pública o a la promoción funcionarial, lo determinante para la indemnidad del derecho reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución es que quienes integren los tribunales de selección reúnan las condiciones de mérito y capacidad exigidas por su artículo 103.3. El Tribunal Constitucional considera que el actual artículo 20.2 de la norma vasca respeta los citados preceptos constitucionales ─además del principio general de igualdad contenido en el artículo 14─ por dos razones: en primer lugar, porque el principio de mérito y capacidad forma parte del presupuesto de esta norma al señalar que los hombres y mujeres que formen parte de tales órganos deben contar con la capacitación, competencia y preparación adecuadas. En segundo lugar, porque la propia norma prevé que la exigencia de composición paritaria pueda omitirse cuando se justifique debidamente su no pertinencia, lo que sería aplicable al supuesto de que no pudiese darse debida satisfacción al requisito inexcusable del mérito y la competencia que ha de concurrir en los miembros de los órganos administrativos, sea cual sea su sexo. El Tribunal Constitucional entiende que la conjunción de ambas circunstancias excluye una eventual vulneración del artículo 103.3, tratándose «[…] más bien el esfuerzo del legislador autonómico por actualizar esa exigencia constitucional en el ámbito que le es propio», y que ello es igualmente aplicable a la exigencia de paridad de los jurados que participan en el otorgamiento de subvenciones, pues si en relación con los órganos que participan en los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público los principios de mérito y capacidad quedan salvaguardados, «[c]on tanta mayor razón cuanto en este caso es meridiano que en modo alguno están comprometidos el acceso o la promoción en la función pública y, por lo que hace al mérito y la capacidad de los jurados, su concurrencia viene también asegurada y exigida expresamente por el propio art. 20.[5]». Sin embargo, otras normas autonómicas que prevén reglas similares en relación con los órganos encargados de la concesión de subvenciones públicas no contienen las cautelas requeridas por el Tribunal Constitucional, quedando en entredicho su compatibilidad con el artículo 103.3 de la Constitución[14].

2.4. Criterios sociales y ambientales para la selección de los beneficiarios de la subvención

Tanto la posibilidad como la exigencia de que las Administraciones públicas tomen en cuenta circunstancias sociales o ambientales en el momento de seleccionar a los beneficiarios de las subvenciones han sido

[14] Por ejemplo, el apartado tercero del artículo 11 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, *para la promoción de la igualdad de género en Andalucía* (introducido por la Ley 9/2018, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía), exige que, «[s]in perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las normas que regulen los jurados creados para la concesión de cualquier tipo de premio promovido o subvencionado por las Administraciones públicas de Andalucía establecerán las mismas reglas de representación equilibrada definidas para los órganos colegiados en el apartado 2 del presente artículo [apartado que no prevé ni posibilidad de excepcionar esta obligación y ni exigencia de respeto a los principios de mérito y capacidad]». Sobre esta cuestión *vid*. Lara Sanz (2019, p. 87).

recogidas en los últimos años por el ordenamiento jurídico, así como por los documentos elaborados para orientar la actuación de los poderes públicos en este ámbito. Se trata éste de uno de los aspectos donde más profusamente se han pronunciado normas y documentos públicos. Para la fijación de cualquier criterio de valoración de las solicitudes de subvenciones es necesario atender, con carácter general y previo, a lo establecido al efecto por la LGSubv. Señala ésta que los criterios objetivos para el otorgamiento de las subvenciones, así como su eventual ponderación, deben figurar tanto en las bases reguladoras de la subvención (art. 17.3 letra *e*) como en la convocatoria publicada en la Base de Datos Nacional de Subvenciones y en el Boletín Oficial del Estado (art. 23.2 letra *l*)[15]. Es necesario diferenciar entre aquellas normas que exigen la inclusión de criterios de selección de carácter social o ambiental en los procedimientos de otorgamiento de subvenciones y las normas y documentos que se limitan a declarar tal posibilidad por parte de las Administraciones públicas. Entre las primeras destaca el Decreto valenciano 118/2022, el cual exige que las bases reguladoras y sus respectivas convocatorias incluyan obligatoriamente, *previa su adaptación*[16], los criterios de selección contenido en el apartado 2 del punto I de su Anexo I (art. 19.1). Estos criterios, referidos en su totalidad a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, valoran diferentes circunstancias relativas a este objetivo[17]. El Decreto valenciano también prevé criterios de valoración de carácter medioambiental, como la presentación y compromiso de aplicación de un protocolo, procedimiento o sistema equivalente que garantice la reducción y gestión sostenible del consumo energético en cualquiera de sus clases; la mejora del consumo energético de las máquinas automáticas expendedoras instaladas o gestionadas, el ahorro energético de los servicios y equipos informáticos, el origen completamente renovable de la energía eléctrica contratada, la aportación o utilización de elementos y productos más respetuosos con el medio ambiente, la aportación o la utilización de productos o suministros con etiquetas ecológicas u otros distintivos equivalentes[18]; la utilización de productos ecológicos acreditados y clasificados, no procesados, frescos, de temporada y/o kilómetro cero; el uso de papel ecológico, con un mínimo de fibras recicladas superior al 85 y para cuyo blanqueamiento no se haya utilizado cloro; y la utilización de productos textiles elaborados íntegramente con fibras que cumplan los requisitos establecidos en la *Etiqueta Ecológica Europea* o equivalente; el uso de vehículos eléctricos, biodiesel o de otra tecnología de propulsión diferentes a las convencionales, o con etiqueta ecológica y control de emisiones, conforme a los distintivos ambientales establecidos por la

---

[15] En tal sentido, la guía elaborada por el Instituto Andaluz de la Mujer (Alonso Cuervo y González González, 2013, p. 33) advierte que «[l]a inclusión de la igualdad entre los criterios de valoración debe permitir una valoración objetiva, que prime y beneficie a aquellas entidades con un claro compromiso con la igualdad de género tanto en su trayectoria como en el contenido del proyecto o actividad para la que se solicita la subvención, sin que primen sobre los criterios para la correcta ejecución (aunque la aplicación del principio de igualdad debería ser un criterio de correcta ejecución) de la actividad objeto de subvención o convenio». En el mismo sentido, la guía elaborada por el Gobierno Vasco (2016, p. 12) resalta que «[l]os criterios de valoración tienen la finalidad de permitir una valoración objetiva de las solicitudes, por lo que deberán ser concretos y medibles y estar ponderados en función de las prioridades que se persigan en el objeto de la convocatoria».

[16] Ya que se trata de criterios para la adjudicación de contratos públicos.

[17] Como el compromiso de emplear en la plantilla, o en los casos de nuevas contrataciones, bajas y sustituciones, mayor proporción de mujeres respecto del porcentaje de mujeres ocupadas en la rama de actividad del sector correspondiente (y siempre que se trate de sectores con menor proporción de ocupación femenina); el compromiso de emplear en la plantilla a un número de mujeres en puestos de responsabilidad superior a un determinado porcentaje de los mismos cuando se trate de sectores de actividad notoriamente *feminizados*, y el compromiso de aplicar a la plantilla medidas concretas de corresponsabilidad y conciliación de la vida personal, laboral y familiar que superen lo establecido legal y convencionalmente o que mejoren los mínimos establecidos como condiciones de cumplimiento de la subvención, si se hubiesen establecido, especialmente cuando se trate de trabajadores con discapacidad o diversidad funcional o que tengan a su cuidado a personas con discapacidad o diversidad funcional o en situación de dependencia. Además, exige que se incluya al menos uno de los criterios de valoración contenido en el resto del Anexo, en el que se valoran cuestiones de carácter social como las relativas la integración de personas con dificultades de acceso al mercado laboral, en situación o riesgo de exclusión, con diversidad funcional, desempleadas, jóvenes que accedan a su primer empleo o sean menores de treinta años y se encuentren en situación de desempleo durante al menos seis meses, mujeres víctimas de la violencia de género, beneficiarios de la Renta Valenciana de Inclusión o que formen parte de su unidad de convivencia, personas migrantes, refugiadas y solicitantes de protección internacional, personas pertenecientes a minorías étnicas, especialmente población gitana, personas trans, personas jóvenes extuteladas por la Administración o que hayan estado sujetas a medidas de protección o a medidas judiciales dos años antes de la edad laboral; la contratación a través de empresas de inserción, centros especiales de empleo de iniciativa social o programas de empleo protegido; la incorporación de personal técnico especializado dedicado al acompañamiento hacia la inserción, los compromisos de satisfacer las retribuciones salariales previstas en el convenio sectorial y territorial de aplicación, de realizar una formación continua para los empleados del beneficiario, de asignar a la ejecución del contrato personal con contrato indefinido, o de mejorar las condiciones de seguridad y salud laboral respecto de las establecidas legalmente y en los planes de prevención de riesgos laborales; o, en supuestos de subcontratación, la subcontratación con trabajadores autónomos o con cooperativas, con trabajadores autónomos con discapacidad o diversidad funcional, o con cooperativas constituidas mayoritariamente por mujeres.

[18] Sobre estos instrumentos *vid*. Román Márquez (2019 y 2023).

Dirección General de Tráfico; el compromiso de impartir cursos de conducción eficiente o la implantación de determinadas medidas de calidad ambiental[19]. En tercer y último lugar, el Decreto valenciano prevé criterios de valoración éticos[20], que incluyen criterios vinculados al comercio justo[21]. Tanto éstos como los criterios de valoración de carácter medioambiental serán, con carácter general, de inclusión voluntaria en las diferentes bases reguladoras y convocatorias de subvenciones, pues el artículo 19.1 del Decreto valenciano solamente exige la inclusión de *alguno* o *algunos* de los criterios recogidos en el resto del citado Anexo I. También la Ley vasca 4/2005 establece un criterio de valoración social de carácter obligatorio: al menos un cinco por ciento sobre el total de la valoración de las solicitudes debe corresponder a la puntuación relativa a las acciones y políticas de los concurrentes en materia de igualdad entre mujeres y hombres, así como a otros aspectos relacionados con la integración de la perspectiva de género en el proyecto que se presente a la subvención (art. 21 bis número 3 letra *b*[22]).

El grupo de normas y documentos que dejan libertad a las Administraciones públicas para utilizar criterios de valoración de carácter social y ambiental está encabezada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, que habilita a las bases reguladoras de las subvenciones para valorar actuaciones de *efectiva consecución* de la igualdad por parte de las entidades solicitantes, citando expresamente circunstancias como las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en esta norma (art. 35). En materia ambiental, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, *de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía*, propone, por ejemplo, valorar la calificación de *Municipio de Baja Emisión de Carbono* en aquellas subvenciones destinadas a municipios u otras entidades locales de cooperación territorial andaluzas enmarcadas en las denominadas áreas estratégicas de mitigación (art. 40.3)[23]. Fuera del ámbito normativo, las guías y orientaciones elaboradas por las Diputaciones Forales de Guipúzcoa (s. f., pp. 54 y 55)[24] y Vizcaya (2018,

---

[19] Entre estas últimas figuran la presentación y compromiso de implantación de un plan o programa de calidad ambiental en el que se prevean medios y medidas para prevenir, controlar, minimizar y corregir sus impactos; de medidas de vigilancia y gestión ambiental para una menor generación y mejor gestión de residuos, así como su reutilización y reciclaje; de medidas para una menor emisión de gases o una menor producción de ruido; y de formación en materia ambiental para los empleados del beneficiario de la subvención.

[20] Así son denominados por el Decreto valenciano, categoría en la que se incluyen criterios de valoración vinculados al comercio justo, con indicación de los sistemas de gestión y seguimiento de la cadena de suministro respecto de aquellos productos que potencialmente puedan tener su cadena de producción ubicada en países extracomunitarios.

[21] Concretamente, se permite valorar expresamente la aportación o utilización de un porcentaje mínimo de productos o suministros con etiquetado de comercio justo u otros distintivos equivalentes, así como la utilización de productos de comercio justo certificados relativos a los productos de alimentación u otros que así lo permitan por el objeto de la subvención y por la existencia de oferta de comercio justo, así como en los servicios de hostelería y restauración.

[22] Previsión añadida por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, *de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres*.

[23] A efectos de esta ley, se consideran áreas estratégicas de mitigación los siguientes ámbitos: industria, agricultura, ganadería, acuicultura y pesca; edificación y vivienda, energía, residuos, transporte y movilidad, usos de la tierra, cambios de uso de la tierra y silvicultura; turismo, comercio y Administraciones públicas (art. 10.2).

[24] Entre los criterios de valoración sugeridos por este documento están el número y porcentaje de mujeres destinatarias de la subvención o que empleará laboralmente la persona o entidad beneficiaria (globalmente, en puestos de responsabilidad y en puestos directivos), y la trayectoria de la persona o entidad solicitante en el desarrollo de políticas o actuaciones dirigidas a la igualdad de mujeres y hombres (v. gr. su experiencia en materia de igualdad de mujeres y hombres, identificando actuaciones y trabajos más relevantes realizados en los tres últimos años, así como la titulación, formación y experiencia específica del personal en materia de género; la posesión de un certificado o distintivo empresarial en materia de igualdad, o como entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como cualquier otro análogo de carácter oficial; haber diseñado y aplicado un plan para la igualdad de mujeres y hombres, o la aplicación de medidas de conciliación de la vida familiar, laboral o personal). También sugiere la valoración del compromiso de elaboración de un informe de impacto de género (con indicadores y datos desglosados por sexo de las personas beneficiarias o usuarias de la subvención, así como del equipo que la ejecutará, detallando el contenido de las medidas específicas para la igualdad), el compromiso de la persona o entidad beneficiaria de aplicar acciones específicas relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres en la ejecución o prestación de la subvención (formación, selección, atención, promoción, conciliación, representación, contribución al empoderamiento de las mujeres, atención a las peculiaridades sociales, psicológicas o fisiológicas de las mujeres, etc.), el compromiso de diseñar y aplicar un plan para la igualdad de mujeres y hombres específico en el marco de ejecución de la subvención (con el detalle de sus políticas destinadas a lograr la igualdad en cuanto al acceso al empleo, clasificación profesional, calidad y estabilidad laboral, duración y ordenación de la jornada laboral, u otras), la realización de acciones de sensibilización y formación en materia de igualdad con los beneficiarios de la subvención o las acciones específicas de lucha contra la pobreza femenina que se compromete a realizar la entidad beneficiaria en el marco de ejecución de la subvención.

pp. 14 a 16)[25], el Instituto Andaluz de la Mujer (Alonso Cuervo y González González, 2013, pp. 33 y 34)[26], el Gobierno Vasco (2016, pp. 11 y 12)[27], el Gobierno Valenciano[28] o el Gobierno de España (2021, pp. 5 a 7)[29] incluyen diversas propuestas de criterios de valoración de las solicitudes tanto de carácter social como ambiental.

En cualquier caso, y como ocurre en la contratación pública, no todos los criterios de valoración son igual de exigentes desde la perspectiva de los objetivos de política social y ambiental. No implica el mismo esfuerzo económico u organizativo por parte de los solicitantes, por ejemplo, el uso de lenguaje inclusivo que la incorporación a su plantilla de nuevos empleados pertenecientes a colectivos vulnerables, la formación de los empleados en cuestiones ambientales que el uso de energía eléctrica proveniente exclusivamente de fuentes renovables[30]. En cuanto a la ponderación de estos criterios, no se han fijado límites específicos más

---

[25] Este documento propone valorar una serie de circunstancias relativas a la perspectiva de género que abarcan, entre otras, cuestiones relacionadas con el fomento del empleo (capacitación, orientación, formación e intermediación dirigidos a las mujeres), la actividad deportiva, la prevención de riesgos laborales y la salud en el trabajo, la cooperación al desarrollo y el asociacionismo. Además, propone otros criterios de valoración de carácter social y ambiental con el único requisito de que su redacción se haga «[…] de tal forma que todas las posibles personas beneficiarias los interpreten de forma homogénea y puedan realizar un cálculo cierto de la puntuación». Entre estos criterios figuran los relativos a las mejoras en las condiciones salariales, la contratación indefinida de trabajadores, la inclusión laboral y social, la posesión de certificaciones medioambientales, las lenguas cooficiales y el cumplimiento normativo.

[26] Los criterios de valoración propuestos por este documento son los siguientes: que la entidad beneficiaria disponga de un órgano directivo con representación equilibrada de mujeres y hombres, el uso de lenguaje escrito y visual inclusivo (en publicidad, campañas de comunicación, imágenes, etc.), que sus planes de formación internos, de tenerlos, incluyan objetivos de igualdad y favorezcan la participación equilibrada de mujeres y hombres, facilitando la capacitación de su personal en esta materia; la inclusión, en los contenidos objeto de subvención, de actividades que posibiliten la participación de mujeres (en especial en actividades en las que estén subrepresentadas), la promoción profesional de las mujeres, la corresponsabilidad y la ruptura de estereotipos; la desagregación por sexo de la información referida a personas, el uso de un lenguaje no sexista en todos los documentos relacionados con la subvención, la dedicación de un porcentaje del presupuesto al avance de la igualdad así como *velar* para que las actividades que se realicen no tengan impactos negativos en la igualdad entre hombres y mujeres.

[27] Este documento propone criterios de valoración tanto relativos a la entidad beneficiaria de la subvención como a la actividad subvencionada. Los relativos a la entidad beneficiaria puedes ser utilizados, además, como requisitos de admisión en la convocatoria. Entre los primeros figuran que sus estatutos o sus fines sociales contemplen la promoción de la igualdad, que disponga de un plan de igualdad en ejecución o un documento con medidas de igualdad, que exista equilibrio de sexos en sus órganos de dirección, que disponga de personal con experiencia y capacitación en materia de igualdad, o que esté reconocida oficialmente como entidad que colabora con la igualdad de mujeres y hombres. Entre los segundos están aquellas actividades en cuyo proyecto el principio de igualdad se ha *transversalizado*, considerando las necesidades e intereses de las mujeres y hombres de manera diferenciada; la desigualdad social que afecta a las mujeres está contemplada en el diagnóstico, en los objetivos y actividades; posee un contenido técnico que incide en la eliminación de visiones estereotipadas y en la ruptura de roles de género, incluye el compromiso de contemplar, en su memoria, el impacto de género de las actuaciones realizadas; está redactado en lenguaje no sexista y en él se refleja el compromiso de que toda la documentación y publicidad que se genere estará en este mismo lenguaje; recoge el compromiso de desagregar por sexo la información relativa a personas, propone realizar acciones formativas en igualdad para el equipo de trabajo, contempla acciones positivas que favorezcan la participación de las mujeres o recoge acciones relacionadas con la conciliación.

[28] Apartado 9.º del Acuerdo de 27 de marzo de 2015, del Consell, *por el que se establecen directrices para la aplicación de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Generalitat y su sector público, así como en materia de subvenciones de la Administración de la Generalitat* (Diario Oficial de la Comunidad Valenciana n.º 7498, de 2 de abril, pp. 9785 y ss.), que propone los habituales criterios relativos a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, perspectiva de género y desarrollo de actuaciones dirigidas a la igualdad efectiva de mujeres y hombres; o la integración laboral de personas con discapacidad, pero también criterios novedosos como la condición de empresa de inserción sociolaboral calificada como tal por la normativa estatal y autonómica, o la subcontratación con entidades sociales o sin ánimo de lucro.

[29] Los criterios de valoración propuestos por el Gobierno de España no se circunscriben a las políticas de igualdad entre mujeres y hombres (para lo cual se remite expresamente al documento de Orientaciones para la incorporación de la perspectiva de género en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia), sino que abarcan cuestiones como la creación neta y el mantenimiento del empleo, la generación de empleo en España o en la Unión Europea o el fomento de la cohesión territorial (por ejemplo, que la actividad subvencionada y los empleos generados se localicen en municipios de menos de 5.000 habitantes o fuera de zonas industriales). También resulta original en relación con los criterios de valoración de naturaleza ambiental, respecto de los que toma como referencia del principio de no causar un daño significativo en el medio ambiente –Principio DNSH, siglas de *Do Not Sigificant Harm*–, y se propone valorar la contribución sustancial a alguno de los objetivos medioambientales previstos en el *Reglamento europeo de taxonomía* (Reglamento UE 2020/852 de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento UE 2019/2088), la posesión de la etiqueta verde de la Unión Europea (EU Ecolabel), la recogida selectiva de residuos, la inscripción en registros de huella de carbono, la calificación energética de las edificaciones, el ahorro y la eficiencia energética, el uso de energías renovables y de materiales de construcción sostenibles, el nivel de emisiones de la actividad, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, las medidas de adaptación al cambio climático o la reducción de residuos.

[30] Así lo recuerda la guía elaborada por el Instituto Andaluz de la Mujer (Alonso Cuervo y González González, 2013, p. 33): «[l]os criterios, como en el caso de la contratación pública, pueden ser diversos y con pesos específicos diferentes en función del mayor o

allá de la necesaria proporcionalidad respecto de los fines de la subvención. Tanto la LGSubv como el resto de normas en la materia guardan silencio a este respecto, y solamente la guía elaborada por el Gobierno Vasco (2016, p. 11) entiende que el valor asignado a los criterios sociales y ambientales no debe superar en ningún caso la valoración relativa a su contenido principal.

Al igual, una vez más, de lo que sucede en la contratación pública, diferentes normas han establecido criterios para el desempate de aquellas solicitudes que hayan obtenido idéntica puntuación. Así lo hace el Decreto valenciano 118/2022 (art. 20), el cual se remite expresamente, *previa su adaptación*, a los criterios de desempate previstos para la contratación pública en su artículo 11. De esta forma, a igualdad de puntuación, gozan de preferencia para el otorgamiento de subvenciones: *a)* aquellas empresas y entidades que, a pesar de no estar legalmente obligadas a disponer de un plan de igualdad, hayan negociado con la representación legal de los trabajadores (de existir ésta), aprobado y tramitado la inscripción de sus planes de igualdad en el registro pertinente de la Comunitat Valenciana; *b)* aquellas empresas que gocen de la calificación de *entidad valenciana socialmente responsable*[31]; y *c)* aquellas cooperativas que ostenten la condición legal de cooperativas sin ánimo de lucro y figuren inscritas como tales en el Registro de Cooperativas de la Comunitat Valenciana o figuras equivalentes de otras Administraciones públicas. En cualquier caso, para el establecimiento de los criterios de preferencia se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto valenciano 279/2004, de 17 de diciembre, *por el que se regulan medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad*[32]. El Decreto 118/2022 exige que al menos uno de los criterios de desempate señalados figure obligatoriamente en las bases reguladoras y convocatorias de subvenciones destinadas a empresas o entidades, pero sin establecer ninguna preferencia entre ellas para el caso de que concurriesen varios de estos criterios de desempate en algunas de las solicitudes que hubiesen obtenido la misma puntuación[33]. Recuérdese que el artículo 147 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público* (en adelante, LCSP) establece un doble listado de criterios de desempate[34]. En el primero de ellos se relacio-

---

menor impacto sobre el logro de la igualdad que potencialmente se pueda obtener. Resulta evidente que no tiene la misma incidencia ni el mismo carácter el que la entidad disponga de un plan de igualdad y esté en ejecución, a que solamente haya dado instrucciones para la utilización de un lenguaje no sexista».

[31] Obtenida en la forma establecida reglamentariamente en desarrollo del Título III de la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, *para el fomento de la responsabilidad social*. Estas entidades están reguladas por el Decreto 200/2022, de 25 de noviembre, *por el que se regula la responsabilidad social en las entidades valencianas*, que también tiene en cuenta circunstancias ambientales para su consideración como tales (art. 6).

[32] Esta norma contiene algunas reglas interpretativas relativas a los criterios de desempate en su artículo 6.

[33] Con anterioridad a la aprobación del Decreto valenciano, el citado Acuerdo del Consell de la Generalitat Valenciana de 27 de marzo de 2015, *por el que se establecen directrices para la aplicación de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Generalitat y su sector público, así como en materia de subvenciones de la Administración de la Generalitat*, había establecido dos criterios de desempate: la ocupación de un mayor porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad en relación con su plantilla y el compromiso de contratación de un mayor porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad durante el ámbito temporal de la ayuda o subvención (apartado 9.º.2).

[34] «1. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán a: *a)* Proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa. En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla. *b)* Proposiciones de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración. *c)* En la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. *d)* Las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo. *e)* Proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. La documentación acreditativa de los criterios de desempate a que se refiere el presente apartado será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo. 2. En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas: *a)* Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla. *b)*

nan los criterios que pueden ser utilizados por los órganos de contratación para resolver el empate entre dos o más ofertas, pero sin establecer ningún orden de preferencia entre ellos. En el segundo listado, que está previsto para aquellos supuestos en los que los órganos de contratación no incluyesen en los pliegos contractuales ninguno de los criterios relacionados en el primer listado, sí se establece un orden de prelación entre ellos, de forma que pueda resolverse una eventual situación de empate persistente tras la aplicación de las reglas establecidas al efecto. A diferencia de lo que sucede con el Decreto valenciano, los dos listados de la LCSP solamente contienen criterios de desempate de carácter social, sin dar cabida a cuestiones ambientales. Otra norma que contiene criterios de desempate ─también exclusivamente sociales─ es la Ley balear 11/2016, de 28 de julio, *de igualdad de mujeres y hombres*, la cual dispone en su artículo 31.6 que en las convocatorias de subvenciones del sistema de investigación se utilizará, como criterios de desempate, el liderazgo femenino de los proyectos en aquellos ámbitos científicos en los que la mujer esté infrarrepresentada, así como la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los proyectos de investigación. Tampoco en este caso se establece preferencia entre ambos criterios para situaciones de persistencia en el empate.

2.5. Obligaciones para el beneficiario de naturaleza social y ambiental

La LGSubv establece como obligación principal del beneficiario de la subvención «[c]umplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones» (art. 14.1 letra *a*). Las actividades, proyectos y comportamientos que conforman el objeto de la subvención son susceptibles de incluir obligaciones de naturaleza social o ambiental que deberán ser satisfechas por el beneficiario de la subvención en el momento de su cumplimiento. En este sentido, el Decreto valenciano 118/2022 obliga a que las bases reguladoras y las convocatorias de las subvenciones establezcan compromisos específicos de carácter social, medioambiental y ético (art. 21.1). Esta norma establece, a modo de ejemplo, uno de estos compromisos, señalando que cuando el gasto subvencionable se aplique a bienes muebles o productos, será posible exigir que éstos cumplan con los criterios del comercio justo, así como otros requisitos vinculados con la sostenibilidad energética y ambiental. Tales compromisos sociales y medioambientales se transfieren igualmente a los subcontratistas y entidades colaboradoras, tanto de forma genérica como específicamente respecto de los compromisos asumidos por el beneficiario de la subvención, pues el Decreto valenciano exige a éste que requiera a ambos el compromiso por escrito de respetar la normativa ambiental y social, así como respecto a los compromisos sociales, éticos y ambientales asumidos por él. Además, la norma valenciana extiende la cobertura de las garantías que, en su caso, deba prestar el beneficiario a tales compromisos (art. 21.4). En materia de igualdad de género, la Ley 4/2005 obliga a los poderes públicos vascos a incluir obligatoriamente la perspectiva de género entre las obligaciones de las personas físicas o jurídicas beneficiarias de las subvenciones, con medidas específicas para promover la igualdad y eliminar las desigualdades entre mujeres y hombres que vayan más allá de la obligación de realizar un uso no sexista de las imágenes y el lenguaje utilizados, «salvo que mediante informe motivado se justifique que la subvención afecta a un ámbito donde no existen desigualdades por razón de género o que, habiéndolas, la subvención no tiene impacto en la situación de mujeres y hombres»[35].

Las guías elaboradas por las Administraciones públicas ofrecen un completo repositorio de obligaciones relativas a cuestiones sociales y laborales que pueden ser exigidos a los beneficiarios de la subvención[36]. No ocurre lo mismo con las de carácter medioambiental, que apenas han recibido atención por parte de los poderes públicos hasta el momento. Sin ánimo de exhaustividad, y a efectos meramente expositivos, se pueden citar las siguientes:

Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas. *c)* Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas. *d)* El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate». Sobre esta cuestión *vid.* Gallego Córcoles (2019).

[35] En caso de no incluir tales obligaciones por las razones expuestas, la Ley vasca considera necesario recabar el parecer del correspondiente órgano u organismo competente en materia de igualdad de mujeres y hombres de su respectiva institución, dándole traslado del informe elaborado al efecto (art. 21 bis números 1 y 3 letra *c*; previsión introducida por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres).

[36] Diputación Foral de Vizcaya (2018, pp. 18 y 19), Diputación Foral de Guipúzcoa (s. f., pp. 58 y 59), Alonso Cuervo y González González (2013, pp. 35), Gobierno Vasco (2016, pp. 12 y 13) y Generalidad Valenciana (2016, p. 70).

Tabla 1. Obligaciones de los beneficiarios de subvenciones públicas

TIPO DE OBLIGACIÓN	MEDIDA ESPECÍFICA
a) Relativas a cuestiones éticas	i. Obligación de adquisición de productos de comercio justo. ii. Obligación de disponer de un programa de cumplimiento normativo y/o específicamente penal.
b) Relativas a la promoción de la igualdad de género	i. Realización de la actividad subvencionada transversalizando el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. ii. Constitución de equipos de trabajo equilibrados por sexo (con determinado porcentaje mínimo de mujeres) y con personal con conocimientos y experiencia en la aplicación de la perspectiva de género. iii. Garantizar que un determinado porcentaje mínimo de las personas beneficiarias de la actividad subvencionada sean mujeres. iv. Acreditar la aplicación de acciones específicas relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres en la ejecución o prestación de la subvención, tales como las relativas a formación, selección, atención, promoción, conciliación, representación, contribución al empoderamiento de las mujeres, atención a las peculiaridades sociales, psicológicas o fisiológicas de las mujeres, acceso al empleo, clasificación profesional, promoción, permanencia, extinción, retribuciones, calidad y estabilidad laboral, duración y ordenación de la jornada laboral, etc. v. Justificar la existencia de un determinado porcentaje de mujeres entre las beneficiaras o usuarias de la prestación objeto de la subvención. vi. Realizar todas las contrataciones necesarias para la ejecución de la actividad subvencionadas con entidades que tengan un *compromiso claro* con la igualdad de género.
c) Relativas al lenguaje, materiales e información utilizada	i. Obligación de que todos los materiales, imágenes, publicidad, señalética y documentación generados con ocasión de la subvención hagan un uso no sexista del leguaje y eviten por completo cualquier imagen discriminatoria de la mujer, y debiendo fomentar valores de igualdad, pluralidad de roles y corresponsabilidad entre mujeres y hombres. ii. Generación y uso de información desagregada por sexo en las actividades que sean susceptibles de ello.
d) Relativas a los planes de igualdad en la empresa	i. Acreditación de la elaboración del plan de igualdad exigido por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, *para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres*, a empresas con plantillas superiores a cincuenta trabajadores[37].
e) Relativas a la plantilla de la entidad beneficiaria	i. Contratación de un porcentaje de mujeres superior, en determinada cuantía, al porcentaje medio de empleabilidad en una determinada actividad cuando se trate de sectores en los que las mujeres se encuentren subrepresentadas. ii. Aplicación de las condiciones de trabajo establecidas por el último convenio colectivo de empresa, sectorial o territorial, según corresponda, vigente en el que se encuadra y desarrolla la actividad subvencional, sin perjuicio de las mejoras sobre lo dispuesto en el mismo. iii. Abono del salario recogido en el convenio colectivo de aplicación según la categoría profesional que le corresponda, sin que el salario pueda ser inferior a aquel. iv. Mantenimiento de un porcentaje mínimo de plantilla indefinida sobre el total del personal que ejecute la actividad subvencionada. v. Mantenimiento de la plantilla mínima establecida en la solicitud de la subvención a lo largo de la ejecución de la actividad subvencionada. vi. Obligación de designar una persona de contacto, vinculada a la empresa y con formación específica en la materia, para la supervisión y control de la aplicación de las condiciones de seguridad y salud laboral exigibles. vii. Obligación de organizar acciones de formación profesional en el puesto de trabajo, de una determinada duración, que mejoren la ocupación y la adaptabilidad de las personas adscritas a la ejecución de la actividad subvencionada, así como sus capacidades y su calificación. viii. Subcontratación parcial del objeto de la subvención con empresas inscritas en el Registro de Centros Especiales de Empleo o en el Registro de Empresas de Inserción.

[37] La redacción original de su artículo 45.2 ponía el umbral de esta exigencia en doscientos cincuenta trabajadores, siendo rebajada a cincuenta por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

TIPO DE OBLIGACIÓN	MEDIDA ESPECÍFICA
f) Relativas a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal	Acreditación de la aplicación de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas usuarias o beneficiarias, y/o de las personas contratadas para prestar la actividad objeto de la subvención, tales como el *cheque servicio* o el acceso a recursos sociocomunitarios que faciliten la atención de menores o personas dependientes (respitorecas, ludotecas, servicios de proximidad, etc.); mejoras sobre la reducción de jornada, excedencias, licencias o permisos de paternidad o y maternidad; flexibilización, adaptación o reasignación de servicios y horarios en función de las necesidades de conciliación, etc.
g) Relativas a la prevención del acoso sexual o por razón de sexo en el trabajo	(Sin medidas concretas).

Fuente: elaboración propia.

2.6. Seguimiento del cumplimiento de las cláusulas sociales y ambientales. Previsiones en caso de incumplimiento

Tanto las normas como las guías elaboradas por las Administraciones públicas contienen mecanismos para que los beneficiarios de las subvenciones acrediten el cumplimiento de las obligaciones impuestas en las correspondientes convocatorias. Estos mecanismos se determinan con una precisión variable. Mientras que en algunos casos se limitan a señalar la necesidad de que las convocatorias establezcan *sistemas de seguimientos* que permita conocer, por ejemplo, el impacto de género de la actividad subvencionada y, de esta forma, introducir los reajustes necesarios en dicha actividad[38], así como mecanismos que aseguren el respeto de determinados principios ambientales durante la ejecución de la subvención[39]; en otros casos se fijan específicamente los mecanismos de seguimiento que deben implantarse. Estos mecanismos son los informes de evaluación de resultados[40], las memorias justificativas[41] y los planes de control. Respecto de estos últimos, el Decreto valenciano 118/2022 señala que «[…] deberán comprender expresamente, dentro de las actuaciones de comprobación material y como parte del control de calidad, la verificación del cumplimiento de la normativa social y ambiental, de los compromisos de transparencia, éticos, sociales y ambientales que se hubieran establecido y de los compromisos asumidos por la persona beneficiaria» (art. 22.1)[42]. Pero las obligaciones de control no se circunscriben a los beneficiarios de las subvenciones o a las entidades colaboradoras. También los propios departamentos, órganos u organismos públicos pueden estar sometidos

[38] Alonso Cuervo y González González (2013, p. 35), y Gobierno Vasco (2016, p. 13).

[39] El Gobierno de España exige que las bases reguladoras y convocatorias vinculadas al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia deben establecer mecanismos que aseguren que el principio de no causar un daño significativo en el medio ambiente ─DNSH─ sea efectivamente respetado. Como mecanismos concretos para garantizar el respeto de este principio se propone incluir en la memoria justificativa una evaluación favorable de su cumplimiento (autoevaluación, declaración responsable, otros), además de incluir la comprobación del cumplimiento de este principio en la verificación de la propia subvención. Gobierno de España (2021, p. 8).

[40] Generalidad Valenciana (2016, p. 13).

[41] Así, por ejemplo, la Ley vasca 4/2005 obliga a que estos documentos «[…] aporten información desglosada por sexo de las personas beneficiarias o usuarias finales del servicio prestado y de las personas titulares de la entidad y de su plantilla, así como de la plantilla de la entidad que se haya contratado, en su caso, para la prestación del servicio objeto de la subvención», sin perjuicio de la obligación general de que «[t]odas las personas jurídicas beneficiarias de subvenciones públicas deberán acreditar el cumplimiento efectivo de las cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres, así como aportar y justificar la documentación establecida para su verificación y someterse a las actuaciones de comprobación sobre dichos criterios sociales» y de que «[l]os órganos promotores de las correspondientes subvenciones y contratos habrán de establecer indicadores que permitan realizar la evaluación del grado de cumplimiento y efectividad de las medidas referidas en los dos artículos anteriores» (arts. 21 bis número 3 letra *d* y número 4 y 21 ter; previsiones introducida por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres)..

[42] Continúa señalando esta norma que «[a] efectos de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, la actividad de comprobación de las entidades colaboradoras deberá extenderse al cumplimiento de la normativa social y ambiental, de los compromisos de transparencia, éticos, sociales y ambientales establecidos y de los asumidos por la persona beneficiaria. A tal fin, el correspondiente convenio de colaboración deberá reflejar expresamente esta previsión. La actividad de comprobación de la labor desarrollada por las entidades colaboradoras se extenderá al cumplimiento de lo indicado en este apartado» (art. 22.2).

a obligaciones de esta naturaleza. Así, por ejemplo, el Consell de Valencia acordó que «[p]ara cada ejercicio presupuestario, las consellerías y los restantes organismos relacionados en el apartado segundo de este acuerdo remitirán a la consellería competente en materia de servicios sociales, antes del día 31 de enero del año siguiente, un informe relativo a la aplicación de los criterios sociales en las diferentes fases de los procedimientos de contratación […]»[43].

Las normas analizadas y las guías elaboradas por las Administraciones públicas también establecen mecanismos para promover el cumplimiento de estas obligaciones. Hay normas, como la Ley vasca 4/2005, que se limitan a recoger la posibilidad de que las bases de las subvenciones prevean las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones impuestas a los beneficiarios, en este caso en materia de igualdad entre hombres y mujeres, pero sin fijar mecanismos concretos[44]. El resto de normas y guías anudan dos consecuencias al incumplimiento de las obligaciones exigidas a los beneficiarios de las subvenciones: el reintegro de la subvención y la imposición de sanciones. En relación con la primera de estas consecuencias, el Decreto valenciano 118/2022 señala, por ejemplo, que «[l]as bases reguladoras de las subvenciones, así como las respectivas convocatorias, deberán establecer expresamente que el incumplimiento de la normativa ambiental y social, de los compromisos asumidos por la persona beneficiaria y de los compromisos establecidos, referidos en los apartados primero y segundo del artículo 21 de este decreto, constituirá causa de reintegro de la subvención […]», extendiendo la obligación de reintegro a los supuestos de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de comprobación e inspección de dichas obligaciones (art. 23). En otros casos, el incumplimiento de principios ambientales durante la ejecución de la subvención ─particularmente, el principio de no causar un daño significativo en el medio ambiente, o *principio DNSH*, por sus siglas en inglés─ es considerado causa suficiente para solicitar su reintegro[45]. En relación con la segunda de las consecuencias referidas, la guía elaborada por el Gobierno valenciano señala expresamente la posibilidad de imponer sanciones como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas a beneficiarios y entidades colaboradoras[46]. El Decreto valenciano 118/2022 añade una sanción específica complementaria al reintegro de la subvención: la revocación de la *calificación* o *sello de entidad valenciana socialmente responsable* como consecuencia del incumplimiento de la normativa ambiental o social que resulte de aplicación, así como de los compromisos sociales, de transparencia, éticos o ambientales establecidos o asumidos por la persona beneficiaria (art. 22.3).

3. LA CONVENIENCIA DE ESTABLECER LIMITACIONES AL USO DE CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS

Como se ha podido comprobar a lo largo de estas páginas, varias de las normas que regulan el otorgamiento de subvenciones, así como sus concretas convocatorias, exigen o promueven el uso de cláusulas ambientales y sociales en relación con una gran variedad de aspectos relativos a estos instrumentos de fomento. Llegados a este punto, procede preguntarse si existen límites generales que puedan resultar aplicables al uso de cláusulas sociales y ambientales y, de ser la respuesta positiva, cuáles serían éstos. Si atendemos a las guías elaboradas por las Administraciones públicas, en varias de ellas se anima al uso de cláusulas sociales y ambientales argumentando su gran flexibilidad y ausencia casi completa de límites. Así, por ejemplo, la guía elaborada por el Instituto Andaluz de la Mujer (Alonso Cuervo y González González, 2013, pp. 29 y 30) señala que «[a] diferencia de la contratación, en el procedimiento de subvenciones no existen prácticamente limitaciones a la introducción de cláusulas sociales», poniendo como ejemplo que «[e]n el procedimiento de subvenciones, si en las bases reguladoras, está presente la integración del principio de igualdad de género, tanto en el objeto como en el resto de sus diferentes apartados, será obligatorio recoger esta integración en las convocatorias. No obstante, el hecho de que no esté recogida en las bases reguladoras, no impide que se integre en las convocatorias». La guía elaborada por el Instituto Navarro para la Igualdad (Lesmes Zabalegui, 2018, p. 59) va incluso más allá y mantiene la legalidad de

[43] Acuerdo de 27 de marzo de 2015, *por el que se establecen directrices para la aplicación de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Generalitat y su sector público, así como en materia de subvenciones de la Administración de la Generalitat*, apartado décimo n.º 1.

[44] Artículo 21 *bis* número 3 letra *c* de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, *para la Igualdad de Mujeres y Hombres* (previsión introducida por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres).

[45] Gobierno de España (2021, p. 9).

[46] Generalidad Valenciana (2016, p. 70).

cláusulas sociales y ambientales que entiende que no serían admisibles en el ámbito de la contratación pública, manteniendo que «en las subvenciones públicas disponemos de un margen jurídico más amplio y flexible, y por ello resulta posible incorporar determinados criterios que resultarían ilegales en el ámbito de la contratación pública»[47]. En el mismo sentido, la guía elaborada por la Generalidad Valenciana (2016, p. 52) justifica la ausencia casi absoluta de límites en la propia naturaleza de las subvenciones, señalando que «[l]as cláusulas de responsabilidad social pueden introducirse en el procedimiento de subvenciones con menos restricciones que en las contrataciones públicas ya que por definición, tal y como dispone el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones se entiende por subvención toda disposición dineraria realizada a favor de personas públicas o privadas y que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública».

Subvenciones y contratos públicos son dos actividades públicas que presentan numerosos puntos de conexión, como se ha podido comprobar a lo largo de las páginas precedentes. No en vano, varias de las normas y guías examinadas en este trabajo se ocupan de ambas materias de forma conjunta. Por otro lado, la propia LGSubv reconoce expresamente en su exposición de motivos haber tomado como referencia la legislación de contratos, tanto en lo relativo a los principios que han de informar la gestión de subvenciones ─publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante y eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos─, como en lo que atañe a los requisitos que necesariamente deben cumplirse para proceder al otorgamiento de subvenciones así como para obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora[48]. Además, subvenciones y contratos públicos comparten fases procedimentales similares: preparación, admisión de candidatos, selección del candidato, ejecución o cumplimiento, y extinción[49]. Y, por lo que se refiere a la estrategia utilizada y a la finalidad perseguida con la inclusión de cláusulas ambientales y sociales, en ambos casos se persigue aprovechar la enorme relevancia económica de la actividad contractual y subvencionadora de la Administración pública para contribuir a la mejora tanto del conjunto de la sociedad como del entorno natural. En definitiva, se persigue lograr un efecto de *arrastre* respecto de los diferentes operadores económicos y sociales, que se ven estimulados a adoptar los estándares sociales y ambientales reclamados por las Administraciones públicas si desean acceder a subvenciones públicas o contratar con éstas. La Comisión Europea ha venido reclamando desde hace décadas el uso de la contratación pública como un instrumento eficaz para el logro de sus diferentes objetivos sociales y ambientales[50]. También ha remarcado la utilidad de las subvenciones para el fomento de relevantes objetivos sociales y ambientales[51].

---

[47] Esta guía ilustra la pretendida mayor flexibilidad respecto del uso de cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones en comparación con la contratación pública con los siguientes ejemplos: «En las subvenciones públicas podemos establecer una prohibición para concurrir no prevista en la ley, cosa que no podemos hacer de ningún modo en la contratación pública. 2. En las subvenciones públicas podemos señalar requisitos para participar que en modo alguno serían factibles en la contratación pública, por ejemplo que el 50 % de la plantilla o de la Junta Directiva o del Patronato de una empresa o entidad sean mujeres. 3. En las subvenciones no es necesario que los criterios de género guarden relación con la prestación del contrato. Por ejemplo: en la contratación pública no podemos valorar cuestiones relativas a la totalidad de la plantilla de la empresa, sino estrictamente respecto a la parte de la plantilla que va a ejecutar el contrato. Pero en las subvenciones podemos valorar aspectos de la totalidad de la plantilla de la empresa o entidad, al margen o no de que luego se adscriban a la realización del proyecto o actividad subvencionada. 4. En la contratación pública no se pueden valorar aspectos previos a la ejecución del contrato, por ejemplo no se podría valorar que la empresa licitadora lleve 3 años aplicando medidas de conciliación, aspecto que sí se puede considerar respecto a las subvenciones. 5. En las subvenciones públicas podemos valorar el fin social o los objetivos de la entidad o empresa plasmados en los estatutos o en la escritura de constitución, por ejemplo que su fin sea la promoción de la igualdad de género, cuestión que sería ilegal en los contratos públicos. 6. En las subvenciones públicas podemos también considerar otros aspectos que resultarían ilegales y discriminatorios en la contratación pública, como por ejemplo que sean entidades o empresas con domicilio social o fiscal en la propia localidad».

[48] Como resalta Martínez Manzaneque (2020, p. 97) «[e]stos principios nos resultan muy similares a los principios y condiciones específicos aplicables a la contratación pública».

[49] Requero Ibáñez (2004, p. 38) señala otros puntos de conexión entre ambas materias, como «la existencia de una convocatoria pública, el sometimiento de la misma a unas bases, la necesidad de satisfacer unos principios comunes a la contratación pública como son los de publicidad o transparencia, objetividad, eficiencia, la exigencia de garantías, la previsión de requisitos para ser beneficiario o de causas que prohíben serlo, la idea concursal en el régimen de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, etc.».

[50] Entre otros ejemplos de *soft law* comunitario, el Libro Verde de la Comisión Europea *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, de 27 de noviembre de 1996; la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea *sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, COM(2001) 566 final; o la Comunicación de la Comisión Europea *Contratación pública para un medio ambiente mejor*, COM (2008) 400.

[51] Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea *Construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social*, de 9 de diciembre de 2021 (COM(2021) 778 final), contiene varias propuestas de subvención con el objetivo de contribuir a la dinamización de este sector de la economía.

Siguiendo este planteamiento, el Decreto Foral de la Diputación de Vizcaya 16/2018 proclama, por ejemplo, que «[l]a Administración […] debe ser un referente en esta materia en la medida en que a través de las subvenciones se hace uso de importantes recursos públicos que pueden producir efectos positivos en las personas o colectivos a veces más vulnerables»[52].

A la vista de tales paralelismos, se plantea la pregunta de si los límites previstos respecto del uso de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública podrían resultar útiles en el ámbito de la actividad subvencional, sirviendo de orientación a la hora de fijar ciertos límites a la inclusión de estas cláusulas. El uso de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública ha sido promovido por las autoridades comunitarias[53], admitido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[54], recogido por el Derecho derivado de la Unión Europea[55] y, finalmente, incorporado a los ordenamientos internos de los Estados miembros[56]. Este proceso de admisión progresiva en todas las fases de la contratación pública ha durado un par de décadas, iniciándose, al contrario de lo que ha sucedido en materia subvencional, con cuestiones medioambientales y continuando posteriormente con la asunción de objetivos de política social. Pero la admisibilidad de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública no es ilimitada, pues está sometida a ciertos límites, alguno de ellos particularmente severos. Para comprender la postura de la Unión Europea a este respecto debe partirse necesariamente de uno de sus principios inspiradores: la *economía social de mercado*[57]. La economía social de mercado se configura como un criterio orientador fundamental de la política económica de la Unión Europea en relación con el Mercado Único. Así se prevé en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, precepto que recoge los elementos esenciales de la economía social de mercado: desarrollo sostenible, competitividad, progreso económico y técnico, estabilidad de precios, progreso social y un elevado nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Todos estos elementos juegan su papel, a modo de contrapesos, para alcanzar un desarrollo económico equilibrado. Además, la *cláusula social horizontal*, consagrada en el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, exige evaluar las políticas y acciones de la Unión a la luz de sus consecuencias sociales. La Comisión Europea (2010, pp. 2 y 4) recuerda que la construcción de un gran mercado era el eje central del proyecto europeo de los Padres Fundadores de la Unión, quienes habían comprendido la importancia de una sociedad más rica, creativa, inteligente, justa y fuerte en el mundo. Este mercado *común*, único o *interior* se había de desarrollar en base a cuatro libertades fundamentales de circulación ─de las personas, de las mercancías, de los servicios y del capital─ y fue complementado por la integración económica, la creación de una moneda única y el desarrollo de la política de cohesión, entendida esta última como indispensable para asegurar que todos los ciudadanos, independientemente de su ubicación geográfica, puedan beneficiarse de él y contri-

---

[52] Exposición de motivos del Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 16/2018, de 27 de febrero, *que modifica el Reglamento de Subvenciones, de desarrollo de la Norma Foral 5/2005, de 31 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por la Administración Foral, aprobado por Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 34/2010, de 23 de marzo, y aprueba la guía para la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas en los procedimientos de subvenciones de la Diputación Foral de Bizkaia*.

[53] Interés plasmado, además de en los documentos ya citados, en la Comunicación de la Comisión Europea, 22 de septiembre de 1989, Aspectos regionales y sociales de la contratación pública (COM (89) 400); la Comunicación de la Comisión Europea, de 11 de marzo de 1998, *La contratación pública en la Unión Europea* (COM (1998) 143 final); la Comunicación de la Comisión Europea, de 15 de mayo de 2001, *Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible* (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Goteburgo (COM (2001) 264 final); el Libro Verde *sobre la política de productos integrada* (7 de febrero de 2001, COM (2001) 68 final); el Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* (18 de julio de 2001, COM (2001) 366 final); la Comunicación de la Comisión Europea, de 3 de marzo de 2010, *Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (COM (2010) 2020 final); el Libro Verde *sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* (COM (2011) 5 final); o en la Comunicación de la Comisión Europea, de 2 de diciembre de 2015, *Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular* (COM (2015) 614 final).

[54] Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 1988 (Gebroeders Beentjes, asunto 31/87), 26 de diciembre de 2000 (Nord-Pas-de-Calais, asunto C-225/98), 17 de septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland, asunto C-513/99), 4 de diciembre de 2003 (Wienstrom, asunto C-448/01), 10 de mayo de 2012 (Comisión Europea vs Reino de los Países Bajos, asunto C-368/10) o 17 de noviembre de 2015 (RegioPost, asunto C-115/14).

[55] Regulado actualmente por las Directivas sobre contratos públicos de *4.ª generación*: 2014/23/UE, de 26 de febrero, *relativa a la adjudicación de contratos de concesión*; 2014/24/UE, de 26 de febrero, *sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE*; y 2014/25/UE, de 26 de febrero, *relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE*.

[56] Artículos 1.3, 28.2, 35.1.*c)* y *n)*, 71.1.*a)*, *b)* y *d)*, 71.2.*c)*, 88.1.*d)*, 90.1.*f)*, 90.2, 90.3, 93, 94, 99.1, 99.4, 100.2, 101.2, 102.3, 107.1, 122.2, 126.3, 126.4, 127.2, 130.1, 130.3, 130.6, 145, 146.1, 147, 148, 149.4, 167.*f)*, 184.3, 201, 202, 211.1.*i)*, 212.1, 319, Disp. Adic. cuarta, Disp. Adic. cuadragésima séptima, Disp. Adic. cuadragésima octava y Disp. Adic. cuadragésima novena de la LCSP.

[57] Sobre la relación entre este principio y el uso de cláusulas sociales en la contratación pública *vid*. Román Márquez (2019).

buir al mismo. Se trata, en suma, de un sistema fundamentado en la *solidaridad de hecho*, en la cual tendría anclaje lo que Mattera (1991, p. 51)[58] denominó la *dimensión social* del Mercado Único, entendida como uno de sus elementos fundamentales, puesto que este mercado «no pretende exclusivamente incrementar el crecimiento económico y la competitividad exterior de la Comunidad sino también garantizar una más eficaz utilización de sus recursos y una distribución más equitativa de los frutos que se obtendrán», puesto que «[e]l gran mercado […] carecería de sentido si se cuestionaran el nivel de vida y la protección social garantizada a los ciudadanos europeos». La dimensión social del mercado tiene su origen en el reconocimiento, por parte de las autoridades europeas, de que el juego del mercado es incapaz, por sí solo, de aportar una respuesta adecuada a todas las necesidades colectivas[59], por lo que deben adoptar una posición activa en la promoción y defensa de los valores consagrados en el Derecho originario. El enfoque del proyecto europeo debe realizarse, por lo tanto, bajo la óptica de la economía social de mercado, la cual exige que el Mercado Único europeo se apoye en todos los agentes del mercado: empresas, consumidores y trabajadores. El Mercado Único no sería, en sí mismo, un objetivo, sino un instrumento al servicio de las demás políticas de la Unión Europea, entre las que se incluyen los retos del crecimiento, la cohesión social o el cambio climático. Para la Comisión Europea (2010, p. 20) el objetivo final sería conciliar mercado y cohesión social, pues un buen sistema social, un sistema de educación y de formación profesional, un empleo de calidad y una política exigente en materia de salud y seguridad en el trabajo contribuyen a la eficacia de los mercados y son factores de riqueza y crecimiento. Por el contrario, la pobreza, el desempleo, la exclusión o el miedo al futuro constituyen costes y desventajas para la sociedad. La *dimensión humana* de la economía social de mercado tiene, por lo tanto, un amplio campo de juego para elevar la confianza de los consumidores y aumentar la eficacia del sistema de intercambios económicos dentro del Mercado Único europeo, pero sin desconocer las reglas esenciales del mercado, que pasan por la libertad, la concurrencia y la competitividad reales.

La necesidad de conjugar las políticas ambientales y sociales de la Unión Europea con la defensa de un mercado abierto y competitivo justifica el establecimiento de una serie de limitaciones respecto del uso de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública recogidas en las Directivas sobre la materia e incorporadas por el Derecho interno, y que pueden ser sintetizadas en las siguientes: necesaria vinculación entre las cláusulas sociales y ambientales utilizadas y el objeto del contrato[60], mención expresa en el anuncio de licitación y en los documentos contractuales[61], prohibición de una libertad de elección ilimitada por parte del poder adjudicador ─las cláusulas sociales y ambientales deben estar suficientemente objetivadas, definidas y concretadas en la documentación contractual[62]─ y respeto a los principios de libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, libre circulación, transparencia y proporcionalidad[63]. El más relevantes de estos mecanismos, tanto por su especificidad en relación con la actividad contractual como por su nivel de exigencia, es la citada vinculación entre las cláusulas sociales y ambientales y el objeto contractual. Por vinculación entre ambos elementos debe entenderse que las cláusulas ambientales o sociales recaigan sobre la prestación a contratar (ya sea una obra, un servicio o un suministro), elevando sus parámetros de sostenibilidad ambiental o social respecto de los niveles exigidos por el ordenamiento jurídico. Como señala el artículo 145.6 LCSP, existe vinculación entre la cláusula exigida o valorada por el órgano de contratación y el objeto contractual cuando aquélla se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su *ciclo de vida*[64]. Conforme a precepto, existe vinculación con el objeto del contrato cuando las cláusulas elegidas afecten a la prestación en sí, pero también cuando afecten: *a)* al proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; o *b)* al proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su *sustancia material*. Existe, por lo tanto, lo que podría denominarse vinculación *directa*, que se produce cuando las cláusulas re-

---

[58] Sobre la dimensión social del Mercado Único *vid*., igualmente, Comisión Europea, Social Dimension of the Internal Market, Working Paper, 14 de septiembre de 1988, SEC(88) 114 final.

[59] Comisión Europea (2010, p. 21).

[60] Artículos 74.2, 126.2, 127.2 letra *a*, 145.5, 147 y 202 LCSP.

[61] Artículos 122.2 y 135.4 LCSP.

[62] Artículos 127.2 letra *b*, 145.5 letra *b* o 148.3 letra *a*. Sobre la necesidad de objetivar las circunstancias exigidas o valoradas como cláusulas sociales y ambientales y la prohibición de la libertad de elección ilimitada por parte del órgano de contratación *vid*., *ad exemplum*, la Resolución n.º 1453/2022, de 17 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

[63] Artículos 1, 132.1 o 145.5 letra *b* LCSP.

[64] Regulado en el artículo 148 LCSP.

caen sobre la prestación, modificando sus características (así ocurre, por ejemplo, cuando se exige o valora la adquisición de vehículos eléctricos, que son materialmente distintos de los vehículos de combustión; o la construcción de un edificio con consumo energético reducido, materialmente distinto de aquél que tiene un consumo energético más elevado). Pero también resulta admisible la vinculación *indirecta*, que tiene lugar cuando la cláusula recae sobre la prestación, pero no modifica sus características ─lo que las Directivas y la LCSP denominan *sustancia material*─. En estos casos, la cláusula no recae directamente sobre la prestación sino sobre las circunstancias que la hacen posible. Así ocurre, por ejemplo, cuando se exige o valora el suministro de energía proveniente de fuentes renovables (pues la energía suministrada es materialmente idéntica, con independencia de que provenga de fuentes renovables o no); o cuando se exigen o valoran cuestiones sociales, como la perspectiva de género[65] o las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, en, por ejemplo, un contrato de servicio de limpieza de una sede administrativa (pues la prestación ─la limpieza del edificio─ debe realizarse del mismo modo, con independencia de que existan o no tales consideraciones sociales). Es decir, la vinculación indirecta no exige que la prestación varíe su naturaleza material por incluir consideraciones sociales o ambientales, pero sí que aquellos elementos sobre los que recaigan las cláusulas sociales afecten materialmente a la ejecución de las prestaciones contratadas en cualquiera de las fases de su ciclo de vida (extracción de materias primas, investigación y desarrollo, fabricación o producción, comercialización, transporte, utilización, mantenimiento, eliminación, etc.) o a los trabajadores que la ejecutan materialmente[66]. Lo que no resulta admisible, en ningún caso, es que las cláusulas sociales o ambientales se refieran a otras actividades o circunstancias del licitador que no formen parte, directa o indirectamente, de la prestación contratada, como, por ejemplo, las relativas a procesos productivos de productos fabricados o suministrados por el licitador que no formen parte de la prestación a contratar; o a trabajadores que no participen en la ejecución de la prestación, pues faltaría la vinculación directa o indirecta con el objeto del contrato en los términos expuestos. Así lo señala expresamente la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, al prohibir las cláusulas sociales o ambientales relativas a la política general de responsabilidad corporativa de las empresas contratistas, pues, en tales casos, «[...] no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos», y, por ello, «[...] los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa» [67].

La ausencia de vinculación con el objeto contractual ha sido la causa que ha justificado la anulación, por parte de los órganos administrativos encargados de la resolución de recursos contractuales, de varias cláusulas sociales y ambientales incluidas habitualmente en los pliegos contractuales. Una de las cláusulas que más veces ha sido anulada es la exigencia o valoración de certificados acreditativos de sistemas de gestión ambiental o de políticas sociales aplicadas por los licitadores, como el sistema EMAS, las etiquetas ISO 14001 ─*Certificado de gestión ambiental*─, ISO 9001 ─*Sistema de gestión de la calidad empresarial*─, ISO 50001 ─*Certificado de gestión energética*─, los planes de igualdad o los protocolos para la prevención del acoso sexual y laboral relativos a toda la plantilla, o el distintivo *Igualdad en la empresa* ─Red DIE─, entre otros[68]. En todos estos casos las cláusulas señaladas carecían de vinculación con el objeto contractual por estar referidos bien a toda la actividad de la empresa, bien a toda su plantilla, excediendo, por tanto, de la específica prestación contratada o de los trabajadores encargados de su concreta ejecución. La misma irregularidad se ha detectado en otras cláusulas sociales como la exigencia o valoración de la representación paritaria (o mayoritariamente femenina) en los órganos directivos de la empresa contratista[69], de un porcentaje mínimo de mujeres en la plantilla del licitador[70] o de la contratación de mujeres en puestos de responsabilidad[71]. Aunque los órganos administrativos encargados de la resolución de recursos contractuales

---

[65] Sobre esta materia *vid*. González Bustos (2023).

[66] Román Márquez (2019, p. 493).

[67] Considerando n.º 97 § 2.º.

[68] Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 32/2011, de 16 de febrero; 223/2012, de 11 de octubre; 898/2014, de 5 de diciembre; 476/2016, de 17 de junio; 334/2018, de 6 de abril; 405/2018, de 23 de abril; 660/2018, de 6 de julio; 388/2019, de 17 de abril; 456/2019, de 30 de abril; 786/2019, de 11 de julio; 262/2020, de 20 de febrero; 976/2020, de 11 de septiembre; 51/2021, de 22 de enero; 1048/2021, de 2 de septiembre; o 1245/2021, de 23 de septiembre. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía n.º 11/2021, de 21 de enero.

[69] Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 1116/2019, de 7 de octubre.

[70] Por las mismas razones que en los supuestos anteriores. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 660/2018, de 6 de julio.

[71] Por las mismas razones que en los supuestos anteriores. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 378/2019, de 11 de abril.

no se han pronunciado sobre esta cuestión, tampoco existiría vinculación, por las razones expuestas, entre el objeto del contrato y la medida estrella prevista por la Ley 8/2018, de 8 de octubre, *de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía*, en materia de contratación pública: la obligación de que los órganos de contratación exijan a los licitadores, en cualquier fase del procedimiento de contratación, la acreditación del cálculo de su *huella de carbono*, bien mediante certificados de inscripción en cualquier registro de huella de carbono de la Administración de la Junta de Andalucía, bien mediante otros certificados o medios de prueba de medidas equivalentes (art. 53). Como advierte Pernas García (2020, p. 883), la acreditación del cálculo de la huella de carbono de los licitadores[72] «[h]ace referencia en principio a la inscripción registral de un operador económico, no a la valoración de la concreta compensación de emisiones vinculadas a la ejecución de la prestación. Es un criterio subjetivo, no vinculado por tanto a las características de la prestación y, en consecuencia, que no cumple con las exigencias del principio de igualdad de trato del régimen de la contratación pública». Por tal razón, «[u]na cláusula de esta naturaleza sólo sería viable legalmente en el supuesto de que sea viable aplicar metodologías objetivas y precisas que permitan precisar el impacto climático de la prestación y los términos de las obligaciones del contratista». Por el contrario, en el ámbito de las subvenciones públicas no se ha producido ningún reparo legal o jurisprudencial respecto de uso de cláusulas como las señaladas. Este tipo de cláusulas son recogidas habitualmente en convocatorias de subvenciones y son recomendadas expresamente por los documentos elaborados por las Administraciones públicas para orientar en esta materia. Así, por ejemplo, tanto la guía andaluza como la vasca (Alonso Cuervo y González González, 2013, p. 33; Gobierno Vasco, 2016, p. 11) proponen expresamente valorar la trayectoria de los solicitantes como criterio para seleccionar a los beneficiarios de la subvención[73]. Otras cláusulas prohibidas en el ámbito contractual pero exigidas o fomentadas en las subvenciones públicas son las relativas a los certificados de gestión empresarial, a la representación paritaria de los órganos de dirección de las empresas o a la huella de carbono de los solicitantes.

Los principios ordenadores de la contratación pública también actúan como barreras contra la admisión ilimitada de cláusulas sociales y ambientales. Tanto el principio de libre concurrencia como los principios de proporcionalidad e igualdad y no discriminación han sido utilizados por los órganos administrativos encargados de la resolución de recursos en esta materia para anular este tipo de cláusulas. En relación con el primero de ellos, que inspira toda la LCSP y cuya importancia es puesta de relieve a lo largo de su articulado[74], se instituye como un parámetro general de admisibilidad de este tipo de cláusulas, pues el resto de los principios citados tienen como objetivo salvaguardar la libre concurrencia en los procedimientos de contratación pública[75]. En cuanto a los principios de proporcionalidad e igualdad de trato y prohibición de la discriminación, el artículo 132 LCSP dispone que los órganos de contratación deben dar a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, ajustando su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. Si bien se trata de principios cuyo contenido no ha sido específicamente desarrollado por la LCSP en relación con las cláusulas sociales y ambientales, en la práctica han sido profusamente empleados por los tribunales administrativos encargados de la resolución de recursos en materia contractual en orden a examinar su admisibilidad al amparo de esta norma[76]. En el caso concreto del principio de pro-

---

[72] Este autor se refiere, concretamente, al criterio de valoración de las ofertas propuesto por el *Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la seguridad social* (2018-2025), que puntúa la inscripción de los licitadores en el *Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono* (regulado por el Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo) o *esquema similar*.

[73] El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales prohíbe valorar las circunstancias de los licitadores, pues los criterios de adjudicación deben referirse a la oferta y no a su presentador. En su Resolución n.º 365/2021, de 9 de abril, este órgano recuerda que «[…] cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política medioambiental de la empresa, no estamos ante la valoración de características de la prestación en sí misma considerada de modo que permita una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato y ello porque estos requisitos no repercuten de tal modo en el resultado de la concreta prestación, en su calidad intrínseca, ya que se predican de la empresa y no de la oferta o propuesta que el licitador formalice. Los criterios de adjudicación han de cualificar las ofertas propuestas y no los requisitos de los licitadores».

[74] *Ad exemplum* los artículos 138.3 § 2.º, 159.4 letra *a*, 250.2, 285.1 letra *a*, 321 o 332 LCSP.

[75] La esencialidad de este principio es declarada expresamente por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2 de junio de 1999 (recurso n.º 4.727/1993) y 17 de octubre de 2000 (recurso n.º 3.171/1995).

[76] Así, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 334/2018, de 6 de abril, anuló la cláusula que exigía a los licitadores la posesión de certificado expedido por AENOR relativo al sistema de gestión profesional y deontológico de los servicios de seguridad privada como requisito de solvencia técnica para el contrato de servicios de vigilancia y seguridad para varias sedes administrativas por entender que no existía proporcionalidad entre la prestación a contratar y los requisitos necesarios para la concesión del citado certificado. En parecido sentido, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 1137/2021, de 9 de septiembre, relativo a un contrato de suministro de prótesis de mama al servicio asturiano de

porcionalidad, la Comisión Europea (2016, p. 39) advierte de que se trata de un principio de contenido indeterminado que debe ser examinado en cada caso concreto, ya que no existen umbrales mínimos y máximos en cuanto a los estándares sociales o ambientales exigibles a los contratos públicos, pero siempre deben resultar proporcionados a las características específicas del contrato, y en especial, al valor económico de la prestación a contratar y al nivel de riesgo involucrado. No resultaría proporcionado, por lo tanto, exigir o valorar estándares ambientales muy rigurosos a contratos públicos con prestaciones de escaso valor económico y/o limitada incidencia, potencial o real, en el medio ambiente. Lo mismo ocurre con las cláusulas sociales, si bien en este caso habrá que atender a su grado de incidencia en la realidad social, materializable en aspectos concretos de ésta como la igualdad entre mujeres y hombres, las condiciones laborales de los trabajadores o la inserción sociolaboral de colectivos vulnerables. Finalmente, el uso inmoderado de cláusulas ambientales y sociales en la contratación pública también es susceptible de perjudicar a uno de los objetivos de la actual política europea sobre contratación pública: el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYME) al mercado. Se trata de un objetivo de la Estrategia Europa 2020[77] que las Directivas sobre contratación pública han incorporado a su articulado a través de diversos mecanismos, como la división en lotes del objeto contractual, la instauración de compras centralizadas y de sistemas dinámicos de adquisición, o la flexibilización de los requisitos de solvencia para estos licitadores[78]. No cabe duda de que la exigencia o valoración de estándares sociales o medioambientales muy elevados por parte de los órganos de contratación puede expulsar materialmente a las PYME del mercado de la contratación pública, pues se encuentran en clara desventaja respecto de las empresas de mayor tamaño, las cuales gozan de una mayor capacidad económica y técnica para su cumplimiento, perdiendo competitividad con respecto a éstas.

En el ámbito subvencional no existe un mecanismo restrictivo del uso de cláusulas sociales y ambientales semejante a la regla de la vinculación con el objeto contractual. Tampoco existen en el ordenamiento jurídico otros mecanismos generales que condicionen el uso de tales cláusulas en relación con las subvenciones públicas. Algunas de las normas y guías analizadas establecen tímidas limitaciones en relación con estos instrumentos, y siempre de forma específica y con relación a políticas muy concretas. La guía elaborada por la Diputación de Vizcaya se inspira en el mecanismo contractual de la vinculación con el objeto del contrato y restringe la posibilidad de establecer obligaciones relativas a la plantilla de las personas o personas beneficiarias de la subvención ─como el cumplimiento de las condiciones laborales fijadas en el convenio colectivo de aplicación o disponer de un determinado porcentaje de trabajadores indefinidos─ únicamente respecto de aquellos trabajadores que ejecuten la actividad subvencionada[79]. El Acuerdo del Consell de Valencia de 2015 y el posterior Decreto 118/2022 recurren a criterios restrictivos como la *adecuación* a la actividad subvencionada[80] y la *relevancia* del objeto subvencionado para limitar el uso de cláusulas sociales y ambientales, de forma que, en el segundo caso, solamente tengan cabida cuando se trate de subvenciones *relevantes* desde la perspectiva social, de transparencia, ética o medioambiental[81]. Se trata, a todas luces, de límites

---

salud, en el que se requiere que dichas prótesis posean el certificado otorgado por la Agencia Norteamericana del Medicamento (FDA), además del certificado acreditativo de marcado CE de la Unión Europea. En cuanto al principio de igualdad y no discriminación pueden citarse, entre otras, las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 991/2015, de 23 de octubre; 492/2019, de 9 de mayo; y 384/2021, de 16 de abril, que anularon cláusulas que valoraban determinados parámetros a los que no podían acceder todos los licitadores, vulnerándose este principio y, por ende, la libre concurrencia. Uno de estos parámetros de acceso restringido era la etiqueta *United 4 Stars*, a la que solamente pueden acceder los integrantes de la asociación empresarial privada *European Engineering Industries Association* (EUnited), cuya membresía implica el pago de cuotas periódicas.

[77] Comunicación de la Comisión Europea *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador «Estrategia Europa 2020»*, de 2 de marzo de 2010, COM(2010) 2020 final.

[78] E incorporados al ordenamiento interno en los artículos 99.3, 218 y ss. y 87.4 LCSP.

[79] En su apartado 8.*a*.2 (propuestas de aplicabilidad en el clausulado) dispone que «[a]tendiendo al caso concreto, en las bases reguladoras de las subvenciones, entre las obligaciones que deberán reunir las personas o entidades beneficiarias, se podrán utilizar las siguientes cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas: ─Obligación de aplicar a la plantilla que ejecutará la actividad subvencionada las condiciones de trabajo establecidas por el último convenio colectivo de empresa, sectorial o territorial, según corresponda, vigente en el que se encuadra y desarrolla la actividad subvencional, sin perjuicio de las mejoras sobre lo dispuesto en el mismo. […] –Tener un porcentaje mínimo de plantilla indefinida sobre el total del personal que ejecute la actividad subvencionada–».

[80] Por ejemplo, en relación con las obligaciones del beneficiario, el Decreto 118/2022 señala que «[…] las bases reguladoras, las convocatorias y, en su caso, los convenios y resoluciones por los que se instrumente la concesión directa de las subvenciones deberán establecer compromisos específicos de carácter medioambiental, de transparencia, sociales y éticos, en la medida en que ello resulte adecuado a la naturaleza de la actividad subvencionada. […]». (art. 21.1.).

[81] El apartado 9.1 del citado Acuerdo establece que «[c]uando el objeto de la subvención pueda ser relevante en relación con aspectos de carácter social, como la igualdad entre mujeres y hombres, la integración social y laboral de personas con discapacidad y de otros colectivos de población especialmente desfavorecida, y siempre que se encuentre previsto en las correspondientes bases reguladoras, se podrán tener en consideración en las convocatorias de subvenciones y ayudas a conceder por los órganos competentes

extraordinariamente imprecisos, integrados por conceptos jurídicos indeterminados —*adecuación*, *relevancia* y *aspectos de carácter social, ético o medioambiental*— cuyo contenido es ciertamente complicado de delimitar en la práctica. El Decreto valenciano 118/2022 fija también el límite para la admisibilidad de los requisitos de solvencia social o medioambiental en su *proporcionalidad* respecto de las características de la actividad —en referencia a las entidades de colaboración— (art. 21.3). Del mismo modo, la Ley vasca 4/2005 recurre al principio de proporcionalidad para tratar de establecer límites al uso de cláusulas sociales y ambientales, en este caso permitiendo que los poderes públicos puedan quedar exentos del cumplimiento de determinadas obligaciones generales relativas a las bases y normas reguladoras de las subvenciones públicas previstas en la Ley cuando se entienda que resulten desproporcionadas respecto del previsible impacto de la subvención en materia de igualdad de género[82]. En este sentido, su artículo 21 *bis* establece que «3. Los poderes públicos vascos, en las bases o normas reguladoras de las subvenciones públicas, entre otras cuestiones: […] *b)* Valorarán con al menos un 5 % del total del baremo de los criterios de valoración las acciones y políticas en materia de igualdad de mujeres y hombres de las personas físicas o jurídicas concurrentes y/u otros aspectos relacionados con la integración de la perspectiva de género en el proyecto que se presenta a la subvención. Todo ello, salvo que objetivamente se justifique que dicho porcentaje es desproporcionado en relación con el impacto de la subvención en la situación de mujeres y hombres para eximir a las Administraciones de la obligación de establecer». Finalmente, el Comité Técnico para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España (2021, p. 6) no fija ninguna limitación al uso de estas cláusulas, pero sí establece una serie de cautelas: a la hora de recurrir a ellas debe tenerse siempre en cuenta las características del sector del que se trate, pues en determinados sectores este tipo de cláusulas pueden restringir tanto el acceso a las convocatorias como el cumplimiento de la finalidad asociada a la subvención. Este Comité apuesta por incluir, por ejemplo, el criterio de valoración de las solicitudes relativo a la creación de empleo, si bien valorando previamente su viabilidad, de manera que no ponga en riesgo el cumplimiento del hito u objetivo al que estén asociadas las ayudas, el cual debe posee igualmente un carácter *relevante*.

El ordenamiento jurídico carece, por lo tanto, de reglas generales específicamente creadas para regular el uso de cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas. Ante esta situación, resulta necesario acudir a los principios generales de la actividad subvencional para acotar, siquiera mínimamente, la posibilidad de incluir este tipo de cláusulas, tal y como se hace respecto de la actividad contractual de las Administraciones públicas[83]. Como recuerda Collado Beneyto (2009, p. 263), la sujeción a los principios de igualdad y no discriminación, publicidad, concurrencia, transparencia, objetividad, eficacia y eficiencia es común a la gestión de los bienes y fondos de titularidad pública, lo que ocurre tanto en la actividad contractual como en la subvencional. De entre todos ellos, los más relevantes a la hora de controlar la inclusión de cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas son, como se ha visto respecto de la contratación pública, los principios de igualdad y no discriminación, concurrencia y proporcionalidad. Todos ellos están recogidos expresamente en el artículo 8.3 LGSubv[84]. El principio de concurrencia se instituye, al igual que ocurre en relación con la actividad contractual pública, como principio básico del procedimiento de otorgamiento de subvenciones por mandato constitucional, y una muestra patente de ello es que la LGSubv establece la excepcionalidad de la única modalidad de otorgamiento de subvenciones en la que ésta está ausente, la concesión directa, frente al procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva,

---

de la Administración de la Generalitat, alguno o algunos de los siguientes criterios objetivos de otorgamiento: […] [todos de carácter igualmente social]». El artículo 19.1 del Decreto 118/2022 establece que «[c]uando el objeto de las subvenciones a conceder sea relevante en relación con aspectos de carácter social, de transparencia, éticos o medioambientales, deberá recogerse en la concreción de los objetivos y efectos de los planes estratégicos correspondientes».

[82] También utiliza el criterio de la relevancia, en este caso en relación con los requisitos de admisibilidad de los solicitantes de subvenciones, en su art. 21 *bis* número 3 letra *a*: «Los poderes públicos vascos, en las bases o normas reguladoras de las subvenciones públicas, entre otras cuestiones: *a)* Señalarán entre los requisitos que deberán reunir las personas físicas o jurídicas concurrentes, siempre que la igualdad de mujeres y hombres sea un aspecto relevante a la vista del objeto de la subvención, el acreditar una trayectoria en materia de igualdad de mujeres y hombres; o que entre sus fines estatutarios, finalidad social u objetivo fundacional figura la promoción de la igualdad; o bien que las personas que ejecutarán el proyecto o actividad subvencionada poseen una formación específica en materia de igualdad de mujeres y hombres».

[83] Algunas normas y guías hacen referencia expresa a tales principios en relación con el uso de cláusulas sociales y ambientales, como el Reglamento de Subvenciones, *de desarrollo de la Norma Foral 5/2005, de 31 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por la Administración Foral, aprobado por Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 34/2010, de 23 de marzo* (art. 45.3 letra *a*, en la redacción dada por el Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 16/2018, de 27 de febrero,), o la guía publicada por la Diputación Foral de Guipúzcoa (s. f., p. 47).

[84] Sobre los principios que regulan la actividad subvencional de las Administraciones públicas y su interpretación jurisprudencial *vid*. Latorre Vila (2015), Villanueva Turnes (2016) y Ordóñez Solís (2018).

considerado expresamente por la LGSubv como el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones públicas (art. 22). El principio de igualdad y no discriminación tiene por objeto garantizar una concurrencia real entre los interesados en resultar beneficiarios de las subvenciones, sin que pueda excluirse a ninguno de ellos, de forma individual o colectiva, por alguno de los motivos expresamente excluidos por el artículo 14 CE[85]. En relación con la inclusión de cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas resulta especialmente oportuna la clásica doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional[86] favorable al establecimiento de diferencias de trato entre solicitantes cuando exista una justificación objetiva y razonable, lo que ampara las cláusulas basadas en medidas de discriminación positiva respecto de determinados colectivos o que persigan objetivos de política ambiental, entre otras. Pero la citada jurisprudencia exige, además de dicha justificación objetiva y razonable, que tal diferencia de trato resulte proporcionada, «debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida». El principio de proporcionalidad, que debe ordenar toda la actividad administrativa[87], se instituye, por lo tanto, como uno de los mecanismos más relevantes para controlar el uso de cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas. Recuérdese, en este sentido, que para que una concreta medida supere el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si se cumplen tres requisitos o condiciones: que la medida sea susceptible de lograr el objetivo propuesto (necesidad), que la medida no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y no existan otras medidas alternativas que permitan alcanzar el objetivo restringiendo en menor medida los derechos afectados (mínima intervención), y que la medida genere más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto)[88]. Por tal razón, únicamente resultarán admisibles aquellas cláusulas sociales y ambientales susceptibles de superar un juicio de proporcionalidad integrado por los elementos reseñados. Respecto del resto de los principios que rigen la actividad subvencional de las Administraciones públicas, debe prestarse especial atención a la necesaria igualdad en el acceso a estas medidas de fomento por parte de todos los interesados en ellas, de forma que se garantice la concurrencia efectiva y la ausencia de discriminaciones injustificadas, al tiempo que se protegen otros objetivos igualmente merecedores de protección, como el acceso de las pequeñas y medianas empresas a las ayudas públicas, susceptibles de resultar muy perjudicadas por un uso inmoderado de estas cláusulas[89].

En definitiva, la ausencia de reglas específicas que delimiten el uso de cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones públicas obliga a plantear una reflexión acerca de los perjuicios que su uso desmedido puede generar en otros bienes jurídicos igualmente merecedores de protección y de la necesidad de fijar ciertos límites. Para evitar tales males resulta imprescindible apelar a los principios que orientan la actividad de las Administraciones públicas, tanto desde una perspectiva general como específicamente referidos al manejo de los fondos públicos. En este sentido, los principios de concurrencia, igualdad y proporcionalidad deben servir como parámetro para evaluar la admisibilidad de cualquier medida de fomento. También respecto del uso de cláusulas sociales y ambientales en las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas.

CONCLUSIONES

I. En los últimos años ha aumentado exponencialmente el porcentaje de subvenciones públicas que contienen cláusulas sociales y ambientales en alguna o algunas de las etapas del procedimiento subvencional, ya se trate de la admisión de los solicitantes, la evaluación de las solicitudes o las obligaciones recaídas sobre los beneficiarios de la subvención o las Administraciones otorgantes. En todos los casos la finalidad última perseguida por las Administraciones públicas es idéntica: aprovechar la enorme relevancia económica de la actividad subvencional para contribuir al logro de determinados objetivos de la política social y medioambiental.

---

[85] Collado Beneyto (2009, pp. 268 y 269) puntualiza que, si bien la LGSubv solamente recoge expresamente el principio de igualdad respecto a la gestión de las subvenciones (art. 8.3), resulta evidente su exigibilidad tanto en relación con sus normas reguladoras como de los concretos actos administrativos emitidos por las Administraciones públicas en esta materia, ya vayan dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas (convocatorias) o a destinatarios determinados o determinables (con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 144/1988, de 12 de julio; y del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1999, recurso n.º 8864/1991).

[86] Por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 22/1981, de 2 de julio.

[87] Por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 55/1996, de 28 de marzo.

[88] *Ídem* (STC 55/1996 FJ 5).

[89] Objetivo primordial para la Comisión Europea (2010, p. 3).

II. De las diferentes cláusulas de naturaleza social y ambiental que pueden encontrarse en estos instrumentos de fomento, solamente deberían considerarse auténticas cláusulas sociales y ambientales aquellas que exijan o valoren estándares ambientales o sociales superiores a los establecidos por el ordenamiento jurídico, no así aquéllas que se limiten a verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de los solicitantes como requisito para el acceso a las diferentes ayudas otorgadas por las Administraciones públicas.

III. Al contrario de lo que sucede en la contratación pública, en las subvenciones públicas existe un claro desequilibrio en favor de las cláusulas sociales en detrimento de aquellas que versan sobre cuestiones ambientales. Las normas y documentos elaborados por las Administraciones públicas para orientar a los aplicadores del Derecho en esta materia se ocupan principalmente de cuestiones sociales, como la igualdad entre mujeres y hombres o el favorecimiento de colectivos vulnerables, ocupándose de cuestiones medioambientales solo de forma residual.

IV. Este fenómeno adolece de una ausencia de reglas generales que delimiten con claridad sus posibilidades. Ante el silencio de la Ley General de Subvenciones y su normativa de desarrollo, han sido las Comunidades Autónomas las que han tomado la iniciativa, aprobando algunas normas legales y reglamentarias que contienen reglas aplicables a la inclusión de cláusulas ambientales y sociales en la actividad subvencional. La Administración autonómica también ha publicado varias guías con el objetivo de fomentar su uso y despejar las dudas que pudiesen surgir en relación con estos instrumentos. En cualquier caso, se trata de regulaciones incompletas y que no ofrecen reglas generales aplicables a las diferentes manifestaciones que puede adoptar este fenómeno.

V. La contratación pública brinda, por sus similitudes con la actividad subvencional, un espejo donde ésta puede mirarse para encontrar reglas útiles que permitan delimitar el uso de cláusula sociales y ambientales en las subvenciones públicas. En ese sentido, la experiencia acumulada en este sector en cuestiones relativas a la socialización y ambientalización de su actividad puede resultar muy útil a la hora de reflexionar acerca de los límites aplicables a la socialización y ambientalización de las subvenciones públicas.

VI. Resulta conveniente fijar unos límites claros y concisos que proporcionen seguridad a los operadores jurídicos y permitan la protección de los bienes jurídicos que puedan resultar afectados por esta técnica. Para ello juegan un papel esencial los principios que regulan la actividad de las Administraciones públicas y, de forma específica, aquellos que ordenan su actividad subvencional. En ausencia de límites precisos, estos principios ofrecen un parámetro de admisibilidad para las diferentes cláusulas sociales y ambientales que debe ser tenido siempre en cuenta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Trabajos doctrinales

Andrés Pérez, M.ª R. (2016, 19 de septiembre). El coste económico de no incluir cláusulas sociales en la contratación. *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/el-coste-economico-de-no-incluir-clausulas-sociales-en-la-contratacion

Collado Beneyto, P. J. (2009). *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento (Incidencia en la Generalitat Valenciana)*. Tirant Lo Blanch.

Gallego Córcoles, I. (2019). Posibilidades y límites generales de las cláusulas sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y de desempate. En M.ª M. Prado López, A. Sánchez García (dirs.), *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos. Guía práctica profesional* (pp. 107-125). Thomson Reuters Aranzadi.

González Bustos, M.ª A. (2023). La contratación pública como herramienta para la consecución de la igualdad y empoderamiento de la mujer en la Agenda 2030. En M.ª A. González Bustos (dir.), P. M.ª Tomé Domínguez (coord.), *La transversalidad de la igualdad en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible* (prólogo de T. Quintana López, pp. 183-199). Atelier.

Lara Sanz, C. (2019). La igualdad entre mujeres y hombres en el Empleo Público. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, extraordinario (Mujer en el futuro del trabajo), 79-109.

Latorre Vila, L. (2015). Reproducción de normas estatales por leyes autonómicas. Deficiente técnica normativa e ¿inconstitucionalidad? *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 9, 99-126.

Martínez Manzaneque, D. (2020). Evolución y análisis de la buena gestión de subvenciones públicas: del sometimiento a los requisitos jurídicos a las nuevas demandas sociales. *Revista Española de Control Externo*, *XXII*(66), 94-117. https://recex.tcu.es/export/sites/nuevo-recex/.galleries/pdf/66MARTINEZMANZANEQUEEvolucion.pdf

Mattera, A. (1991). *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Civitas. https://doi.org/10.2307/j.ctv105bch6

Ordóñez Solís, D. (2018). El derecho de las subvenciones y ayudas públicas en la Unión Europea. Principios inspiradores. El control y el régimen de responsabilidad derivado de la gestión de los fondos europeos. En M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas* (pp. 189-238). Aranzadi.

Pernas García, J. J. (2020). Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica. En G. García Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda y A. Nogueira López (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2020* (pp. 873-915), Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas – CIEMAT. Disponible en: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/08/2020_OPAM.pdf

Requero Ibáñez, J. L. (2004). Notas sobre la nueva Ley general de subvenciones. *Cuadernos de Derecho Local*, 5, 34-49. http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/129

Román Márquez, A. (2019). Las etiquetas ambientales de productos y servicios en la contratación pública. Regulación europea y española. En A. Cubero Truyo y P. Masbernat Muñoz (dirs.), T. Pontón Aricha e I. Johanna Mosquera Valderrama (coords.), *Protección del Medio Ambiente. Fiscalidad y otras medidas del derecho al desarrollo* (pp. 255-277). Thomson Reuters Aranzadi.

Román Márquez, A. (2019). Tutela y promoción de los derechos sociales y laborales por las directivas europeas sobre contratación pública de cuarta generación: Su incorporación al ordenamiento jurídico español. *Revista Chilena de Derecho*, *46*(2), 477-500. https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/9622

Román Márquez, A. (2023). La doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre etiquetas sociales y ambientales a través de sus últimos pronunciamientos: una síntesis y algunas reflexiones. *Contratación Administrativa Práctica* (Iustel), 183.

Villanueva Turnes, A. (2016). Los principios constitucionales en el procedimiento de concesión de subvenciones en España. *Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública: Revista Chilena de Administración Pública*, 28, 101-128. https://revistaeggp.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/48374

Documentos y guías

Alonso Cuervo, I. y González González, Á. (2013). *Incorporación de cláusulas de igualdad en contratos, subvenciones y convenios públicos*. Instituto Andaluz de la Mujer. Junta de Andalucía. https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/fondodocumental/category/142-unidad-de-igualdad-de-genero?download=405

Comisión Europea (2010, 27 de octubre). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones – Hacia un Acta del Mercado Único – Por una economía social de mercado altamente competitiva – Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos* [COM(2010) 608 final]. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52011AE0525

Comisión Europea (2016). *Buying Green!/Adquisiciones ecológicas, Manual sobre la contratación pública ecológica* (3.ª ed). Disponible en: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf

Diputación Foral de Guipúzcoa (s/f). *Incorporación de cláusulas sociales relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres en los contratos públicos y en las subvenciones públicas de la Diputación Foral de Gipuzkoa*. https://www.gipuzkoa.eus/documents/2556071/2587709/Cla%CC%81usulas+Contratos+y+Subvenciones+GUI%CC%81A+eu.pdf

Diputación Foral de Vizcaya (2018). *Guía para la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas en los procedimientos de subvenciones*.

Generalidad Valenciana (2016). *Guía práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su sector público*. https://participacio.gva.es/documents/162282364/165936605/2a-Guia_responsabilidad_social/8953be1e-a411-43f4-bb60-52f5a2f577d7

Gobierno de España (2021). *Orientaciones para la incorporación de criterios transversales para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia*. Comité Técnico para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. https://www.igualdad.gob.es/plan-de-recuperacion/normativa/Documents/orientaciones-caracter-transversal.pdf

Gobierno Vasco (2016). *Guía para la inclusión de cláusulas de igualdad de mujeres y hombres en subvenciones, ayudas, becas y premios*. https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/berdintasuna_igualdad/es_def/adjuntos/guia_inclusion_clausulas_igualdad_c.pdf

Lesmes Zabalegui, S. (2018). *Incorporación de la perspectiva de género en contratos, subvenciones, convenios y conciertos*. Instituto Navarro para la Igualdad. Gobierno de Navarra. https://www.igualdadnavarra.es/imagenes/documentos/-375-f-es.pdf

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: ESTUDIOS BREVES
Recibido: 22-09-2022
Modificado: 22-12-2022
Aceptado: 28-12-2022
Prepublicado: 03-02-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11125
Páginas: 197-213

Referencia: Cerezo Ibarrondo, Á. (2023). El refuerzo de la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística bajo la perspectiva del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 197-213. https://doi.org/10.24965/reala.11125

El refuerzo de la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística bajo la perspectiva del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado

The reinforcement of the normative nature of urban planning instruments from the perspective of Sustainable and Integrated Urban Development

Cerezo Ibarrondo, Álvaro
Universidad Nacional de Educación a Distancia (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9823-9057
acerezo@aci-arquitectos.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctorando en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Dr. Arquitecto en Sostenibilidad y Regeneración Urbana (UPM ETSAM) y Arquitecto (UPV/EHU ETSASS). Profesor Contratado Doctor, Profesor de la Cátedra UNED-Instituto Lincoln de Políticas de Suelo. Experto en Urbanismo, Derecho Urbanístico, Valoraciones, Ordenación y Gestión del Territorio y Evaluación ambiental.

RESUMEN

Adicionalmente a las distintas posiciones de la doctrina y al criterio jurisprudencial sobre la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística, la incorporación a los mismos del principio del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado (DUSI) hace necesario reevaluar dicha naturaleza, permite ampliar la justificación del concepto y constatar la proporcionalidad de la declaración de nulidad de pleno derecho cuando las nuevas determinaciones, contenidos y exigencias legales no se cumplen.

PALABRAS CLAVE

Instrumento; reglamento; urbanístico; nulidad; DUSI.

ABSTRACT

In addition to the different positions of the doctrine and the jurisprudential criteria on the regulatory nature of the urban planning instruments, the incorporation of principle of Integrated Sustainable Urban Development (ISUD) makes it necessary to reevaluate its nature, allows expanding the justification of its concept and verify the proportionality of the declaration of nullity of full right when the new determinations, contents and legal requirements are not fulfilled.

KEYWORDS

Instrument; regulation; urban; nullity; ISUD.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA NATURALEZA REGLAMENTARIA DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA. 1.1. LAS POSICIONES DOCTRINALES. 1.2. LA POSICIÓN JURISPRUDEN-

CIAL. 2. CONTENIDOS DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA. 2.1. CONTENIDOS CLÁSICOS. 2.2. PERSPECTIVAS, CRITERIOS, ESTUDIOS E INFORMES DUSI DE LA REGULACIÓN BÁSICA. 2.2.1. Criterios básicos de ocupación del suelo. 2.2.2. Contenidos e informes de Evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano. 2.3. OTROS CONTENIDOS DE LAS REGULACIONES AUTONÓMICAS. 3. RELECTURA DE LA NATURALEZA REGLAMENTARIA DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA. 3.1. LA DISOCIACIÓN DE LA PROPIEDAD Y LA TRANSFORMACIÓN DEL SUELO. 3.2. LA INCORPORACIÓN DEL DUSI. 4. PROPORCIONALIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBILIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes hallazgos e identificaciones en el marco del derecho urbanístico español es, sin duda, la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación (Bassols Coma, 2017, pp. 4-7 y Parejo Alfonso, 2017, p. 6), una categoría que abarca más que los propios planes urbanísticos al incluir en su seno las Normas Subsidiarias o los Estudios de Detalle, entre otros. La naturaleza reglamentaria de los instrumentos es un concepto no recogido expresamente en la ley y que tiene su origen o construcción en sede jurisdiccional del Tribunal Supremo (que es quien realiza el control jurisdiccional de los reglamentos del Estado). También es un hallazgo, por cuanto que su naturaleza reglamentaria tiene pocos referentes en términos comparados (a lo sumo el caso francés según Trayter Jiménez, 1996, pp. 55-56). P. ej. considérese que la mera condición indicativa, programática u orientadora de los planes anglosajones, que no tienen la misma fuerza legal, ni garantías jurídicas que en nuestro caso (García Bellido, 1988, pp. 20-25).

Es cierto que la doctrina ha tratado esta cuestión en muchas ocasiones, la mayor parte de las veces desde una perspectiva formalista o de elementos que la componen, pero sin entrar en el fondo de sus determinaciones, del tipo de información del que se nutre para su formalización y de los distintos lenguajes que se utilizan para su definición regulatoria y para su justificación.

Por otra parte, es preciso señalar que los contenidos de los instrumentos no han permanecido invariantes. A partir de la concepción y constructos del urbanismo clásico, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo (LS07) y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) incorporaron la sostenibilidad primero y la integralidad después. Ello permite anticipar que los instrumentos, aun pareciendo iguales, ya no son iguales, ni atienden a los mismos objetivos, ni requisitos, lo que, a su vez, implica que las ordenaciones y las regulaciones no sean iguales o al menos no deberían serlo.

Por tanto, el objeto de este trabajo es analizar el origen y las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia respecto de la dicha naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística y a partir de la descripción de los contenidos y procedimientos exigidos actualmente (con el Plan General de Ordenación Urbana –PGOU– como máximo exponente) realizar una reevaluación de la dicha naturaleza, que a su vez justifique el ensanchamiento y refuerzo del concepto. Porque desde la LS07 la sostenibilidad integrada, que implica el Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado (DUSI), lo cambia todo.

Este articulo, en cierta manera, es un trabajo que se reafirma en la necesidad de cambio y asunción del DUSI establecido actualmente en el artículo 3 del TRLSR (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) y que defiende la proporcionalidad de la declaración de nulidad de pleno derecho de los instrumentos cuando se omitan o eludan las determinaciones, estudios e informes DUSI (sean generales, sectoriales, básicos o autonómicos). Porque en pleno Siglo xxi no resulta razonable seguir desarrollando la labor de planeamiento urbanístico como si nada hubiera cambiado desde 1976.

1. LA NATURALEZA REGLAMENTARIA DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA

La naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos ha sido sin duda uno de los temas más tratados por la doctrina del Derecho urbanístico, si bien casi siempre ha sido un análisis permeado más por la repercusión de las consecuencias que por la observación de los propios rasgos, contenidos y determinaciones de los instrumentos de ordenación urbanística. De hecho, tal y como manifiesta Doménech Pascual (2022,

p. 3), una vez fijado el criterio, tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido reacias al cambio y permanecen en el «dogma» de dicha naturaleza. Pero, otro tanto se puede decir de los que manifiestan la postura contraria, de los que sostienen que nada ha cambiado desde la incorporación del DUSI al Derecho urbanístico o la reconfiguración del derecho de propiedad desde la LS07.

Por ello, interesa realizar una síntesis tanto de la posición doctrinal como de la jurisprudencial en relación a la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación. Una condición que, si bien fue un concepto hallado o reconocido por la jurisprudencia, sin duda estuvo permeado por los análisis de la doctrina y fundamentalmente de la condición ordinamental que atribuyeron Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez a los instrumentos de ordenación urbanística.

1.1. Las posiciones doctrinales

De entre todos los autores que han realizado la labor de recopilar las distintas posiciones y matices doctrinales destacan Bassols Coma (2017, pp. 7-10) y Parejo Alfonso (2017, pp. 2-5).

Dentro de un encuadre histórico, Bassols Coma señala que la posición mayoritaria ha sido la consideración o asimilación de los planes urbanísticos como normas de carácter reglamentario. Una posición que hizo de los planes prisioneros de los rigores con que nuestro ordenamiento jurídico sanciona a los reglamentos ilegales, la nulidad absoluta o de pleno derecho (art. 47.2 LPAC).

Continuando con la perspectiva histórica, es a partir de los procesos de planificación urbanística nacidos al albur de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana (LS56) cuando emerge en la doctrina la necesidad de abordar el análisis de su naturaleza. Durante esa primera etapa se distinguen 3 corrientes de pensamiento en lo referente a la naturaleza reglamentaria de los planes (García de Enterría y Parejo, 1981, pp. 179-181; Doménech Pascual, 2002, pp. 179-195; Parejo Alfonso, 2017, pp. 4-5 y Bassols Coma, 2017, p. 8).

1. Aquellos que opinan que los planes se tratan de actos jurídicos administrativos únicos y de carácter singular (por no tener carácter general, por el régimen impugnatorio de los actos y porque la eficacia de sus determinaciones se agota en sí misma). Entre ellos se encuentran Giannini, Sandulli, González Berenguer, Heredero Higueras, Berenguer y Urrutia.
2. Los que consideran que tienen una naturaleza mixta de acto y norma jurídica (un acto complejo o de naturaleza reglamentaria parcial), entre los que tenemos a Baño León, Carretero Pérez, Doménech Pascual, González Sanfiel, Herrero, Santamaría Pastor y Vaquer Caballería, aunque cada uno con sus matices diferenciadores.
3. Y los que consideran que tienen una naturaleza reglamentaria plena. Entre ellos tenemos en una primera etapa a Laubadaire, Salvia, Teresi, González Pérez, López Núñez, Núñez-Ruiz, Diez-Picazo, Villar-Ezcurra, Laso Martínez, Carretero Pérez, Martín Blanco, Mingo de Miguel, Martín Retortillo y García Trevijano. Y en una segunda (posterior a 1992), Carceller Fernández, Muñoz Machado, Sánchez Goyanes, Fernández Torres, Parada Vázquez, Lora-Tamayo Vallvé, López Ramón, Pardo Álvarez, Barnés Vázquez, Trayter Jiménez, Cominges Cáceres y Gifreu i Font.

No obstante, y sin perjuicio del aspecto cuantitativo, la condición dominante de esta última corriente estuvo fundamentada en la teoría «Ordinamental» de los planes urbanísticos de García de Enterría y Fernández Rodríguez (2020, p. 214): «Pues su virtualidad –ordenadora– que impide su consunción en una sola ejecución o cumplimiento y le habilita para presidir una serie indefinida de actos de cumplimiento, excluye desde luego su consideración como mero acto».

Según esta teoría, los planes urbanísticos gozan de las mismas notas que disponen los reglamentos y, por tanto, se han de caracterizar como aquellos. Puesto que el reglamento:

- Innova el ordenamiento (deroga otro reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstas).
- Habla en un lenguaje impersonal y abstracto.
- No se consume con su cumplimiento singular, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos, por lo que sigue ordenando la vida social desde su superioridad.
- Es modificable y sustituible.

Además del criterio ordinamental, la doctrina también ha considerado otras notas que reflejan la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística, son las siguientes:

- Su eficacia general («*erga omnes*») y su generalidad, «puesto que no singulariza sus efectos a determinadas personas», «establece una ordenación de suelo para todo aquel con entera independencia de las personas titulares del mismo», «sin agotar o consumir a un determinado supuesto de hecho» y «extendiendo su eficacia a todos los posibles y futuros supuestos que se produzcan hasta su derogación o modificación» (García de Enterria y Parejo Alfonso, Laso Martinez, Gifreu i Font y Villar-Ezcurra).
- Su vigencia indefinida por mandato de la Ley del Suelo (García de Enterria y Parejo Alfonso, Villar-Ezcurra, Trayter Jiménez y Gifreu i Font).
- La necesidad de su publicación o publicidad en su proceso de formulación y aprobación (García de Enterria y Parejo Alfonso y Gifreu i Font).
- Su mandato jurídico se expresa a través de la palabra escrita, el lenguaje matemático y muy especialmente a través de los signos y representaciones gráficas (García de Enterria y Parejo Alfonso, Villar-Ezcurra, Laso Martínez y Vaquer Caballería).
- Obliga a una pluralidad de particulares y a la Administración, que carece de la posibilidad de dispensa o de inderogabilidad singular (García de Enterria y Parejo Alfonso, Trayter Jiménez, Gifreu i Font y Villar-Ezcurra).
- Son ejecutivos a partir de su aprobación y permiten declarar la utilidad pública de las obras previstas (García de Enterria y Parejo Alfonso), sin perjuicio de que se precise de instrumentos de ejecución y/o autorización para llevarlas a cabo (tanto de urbanización como de edificación).
- Desarrolla una potestad pública de manera discrecional, pero con la debida motivación, limitada a las condiciones fácticas existentes o previsibles y de tramitación (Gifreu i Font).
- Está sujeto a su formulación bajo criterios de satisfacción del interés general, ajustado a las directrices de racionalidad, proporcionalidad y adecuación a las necesidades del municipio (Parejo Alfonso y Gifreu i Font).
- No requiere legitimación activa de la titularidad de los bienes y derechos ordenados (Laso Martínez).
- No es expresión necesaria de una vocación real de la administración sobre los bienes, puesto que el protagonismo público en su ejecución es una alternativa y no la más habitual (Laso Martínez).
- No genera una relación bilateral entre la administración y los administrados titulares de los bienes afectados que determine una obligación recíproca, cuyo equilibrio tiene que alcanzarse a través de prestaciones mutuas (Laso Martínez).
- Y cubre el espacio normativo típico del Derecho Administrativo, toda vez que la Ley carece de eficacia de no ser desarrollada a través de los instrumentos previstos en ella (Villar-Ezcurra, Trayter, Bassols Coma y Parejo Alfonso).

A partir de estas notas características, gestadas y desarrolladas en el marco del modelo legislativo que va desde la LS56 hasta el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística vino a ser reconocida por la jurisprudencia como se describe a continuación.

1.2. La posición jurisprudencial

Tal y como señala Bassols Coma, sería González Pérez el que primero examinó las cuestiones procesales de la LS56 (Bassols Coma, 2017, p. 11), la cual en sus artículos 222 a 228 abordaba las cuestiones de tramitación de los planes, identificando que los mismos quedaban sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa, pero sin distinguir si era el propio plan o el acto de aprobación del mismo (Bassols, 2017, p. 13).

Las leyes posteriores tampoco aclararon las dudas y tuvo que ser la jurisprudencia la que evaluara y reconociera la naturaleza reglamentaria de los planes. Dos son las primeras referencias que recogen los tratadistas sobre la naturaleza reglamentaria de los planes (González Pérez y García de Enterría y Parejo Alfonso). Son la STS de 20 de abril de 1964 (incidentalmente) y la STS de 8 de mayo de 1968 sobre un Plan Parcial en la que se califica al plan de «acto administrativo de carácter general productor de normas jurídicas objetivas».

Este criterio jurisprudencial, asumido igualmente por el Consejo de Estado en su dictamen 39095 de 4 de julio de 1975, ha permanecido inalterado hasta nuestros días (Parejo Alfonso, 2017, p. 5 y Bassols Coma, 2017, p. 14) para todo tipo de planes (generales, parciales y especiales) e instrumentos de ordenación como las Normas Subsidiarias o los Estudio de Detalle, que, aunque menor, goza de la misma condición.

Paralelamente, interesa indicar que es la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa la que establece en sus arts. 8.1 y 14.3 el control jurisdiccional de los instrumentos de ordenación por parte de los Tribunales Superiores de Justicia. Aparte de esta determinación, para la jurisdicción la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación se sustenta en (Parejo Alfonso, 2017, pp. 6-7):

- La doble condición que ostenta de potestad y deber, en cuanto a reconocimiento de las condiciones fácticas como definición y proyección de una realidad futura que atienda a las necesidades sociales sustentadas en el interés general.
- La discrecionalidad de la potestad de planeamiento, tanto en la creación de la nueva ciudad como en la reformulación o adaptación de la existente, solo cuestionable cuando se aleje de los intereses generales, no considere la función social de la propiedad, infrinja el principio de la seguridad jurídica o se ejerza con desviación de poder o con falta de motivación.
- El carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, que no impide el control de dicha discrecionalidad (verificación de la realidad, la coherencia interna, la motivación y la interdicción de la arbitrariedad), lo que ha llevado a acotar:
  - El deslinde de las distintas competencias e intereses generales en juego.
  - El control documental por razones de legalidad.
  - La elección del modelo de ciudad.
  - El cumplimiento de determinaciones objetivas (estándares).
  - El control del procedimiento, tanto en cuanto a trámites procedimentales (participación ciudadana) como de informes preceptivos y vinculantes.
  - La omisión de hechos determinantes de naturaleza fáctica (p. ej. la falta de viabilidad económica o la clasificación del suelo).
  - La desviación de poder conducente a soluciones carentes de racionalidad, alejamiento del interés general o que induzcan a la especulación.
  - La vulneración de los principios generales del derecho (igualdad, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, etc. art. 9.3 CE).
  - La ausencia de motivación, singularmente ausencia de la memoria justificativa y que se alteren las condiciones preexistentes (p. ej. en casos de desclasificación).
  - Y, recientemente, la vulneración del DUSI.

En todos estos casos y situaciones los vicios de legalidad, incumplimientos y omisiones han derivado en la declaración de nulidad de pleno derecho, precisamente por la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística.

No obstante, merece la pena resaltar una observación que realiza Bassols sobre el período histórico normativo en que se produce este criterio jurisprudencial, que se dicta bajo el modelo jurídico-urbanístico propio del periodo entre 1956 y 1976 (Bassols Coma, 2017, p. 15) y que, por tanto, no es el actual.

En consecuencia, no resulta suficiente mantener la aplicación apodíctica de dicho criterio, máxime considerando las transformaciones que ha tenido nuestro ordenamiento jurídico en materia urbanística, lo que debe llevarnos a una reevaluación. Interesa por ello analizar las determinaciones, contenidos y rasgos de los instrumentos de ordenación urbanística actuales al albur de la legislación vigente y en su caso, reevaluar sin apriorismos (ni consideración únicamente de algunas consecuencias cegadoras tampoco) la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística.

2. CONTENIDOS DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Los instrumentos de ordenación urbanística siempre han gozado de un halo de singularidad en diversos aspectos, tanto desde el punto de vista normativo como de los distintos lenguajes que se utilizan para su definición. Con todo, en los instrumentos de ordenación confluyen ambas circunstancias y como ya dijera Martín Retortillo (1966, p. 40) los instrumentos de ordenación urbanística y concretamente «el Plan supone, así, la expresión gráfica de una determinada realidad física». Una realidad física plasmada de lo que es y una expresión de lo que se quiere que sea la ciudad. Un instrumento que se comunica a través del lenguaje gráfico proyectado, de una regulación escrita y de unos parámetros objetivos medibles y que conforman un todo imbricado (López Ramón, 2021, p. 71).

Tal y como señala Martín Retortillo (1966, p. 40), es a final del siglo XVIII y de manera más determinante a comienzos del XIX cuando a partir de la trasposición del lenguaje militar a la administración civil, cuando los planes urbanísticos entran a definirse como «el conjunto de acciones a realizar más o menos aisladas, pero de este modo, incardinadas a una idea rectora, se orientan y dirigen hacia la consecución de unos resultados de antemano establecidos». Es por ello que los planes urbanísticos van más allá de la mera constatación gráfica de una realidad, puesto que hay una intencionalidad de proyectar y ordenar un futuro, para lo que se vale de distintos lenguajes, tipos de información y condicionantes.

Afirma Martín-Retortillo que:

> «la idea de Plan, la técnica de la planificación se asume como técnica central y determinante de la acción ulterior de las distintas Administraciones públicas; incluso, con los subsiguientes efectos jurídicos para los administrados, fenómeno que en algunos campos concretos se presenta como un significado insospechado que conviene poner en relieve: así ocurre, por ejemplo, en lo referente a la acción del Ministerio de Fomento. […] La formación del Plan se establece como auténtico y verdadero presupuesto exigido con carácter previo a cualquier actuación posterior que la administración deba cumplir, en orden precisamente a buscar el mayor acierto en estas actuaciones posteriores» (Martín-Retortillo, 1966, p. 43).

Pero el plan no se limita a la plasmación de la realidad o definición de una imagen o diseño futuro, sino que establece conductas futuras con carácter obligatorio, tanto para las administraciones como para los administrados. «El Plan supone en tales casos una noción de carácter formal, expresión reunificadora de una suma de actuaciones que se prevén, actuaciones más o menos singularizadas y que de este modo se ordenan y conjuntan» (Martín-Retortillo, 1966, p. 44).

Uno de los autores que también describió la naturaleza jurídica independiente de los planes fue Jose Luís Laso Martínez (1981, pp. 58-62), el cual otorgaba a los planes cinco notas diferenciadoras:

1. Es el resultado de una acción administrativa.
2. Su acción recae sobre bienes, obras, servicios y actividades que revisten un interés público (función social amplia) a salvaguardar.
3. Implica la sujeción imperativa de los mismos, aunque sea graduable: «En el caso de los planes vinculantes, la sujeción proviene directamente de la Ley que legitima el propio planeamiento), como ocurriría, respecto de la Administración, en los Planes de desarrollo. Lo mismo ocurre en los Planes urbanísticos, según veremos.

   […]

   El carácter, en cambio, meramente indicativo no significa que el Plan no goce de coercitividad que le caracteriza, sino que esta entra en juego de manera diferente: la de su aceptación expresa por via de concierto con la Administración. Si el particular, impulsado por los incentivos, acepta la oferta del Plan, este entra en un juego íntegramente, lo que significa que el Plan en tales casos tiene una eficacia vinculante de modo latente, adquiriendo efectividad normativa por la adhesión del particular».
4. Crea, como consecuencia, un estatuto jurídico de carácter normativo: «El carácter estatutario o normativo del Plan conviene señala que proviene del Plan mismo, de su estructura, función y contenido, con independencia del acto administrativo del que emana. Esta determinará su nacimiento, pero a partir de ese momento el Plan tiene consistencia propia, revelada precisamente a través del estatuto en el contenido».
5. Requiere fiscalización pública por el grado de afección que supone sobre todas las propiedades y el compromiso que supone para la administración.

Más aún, por mandato de la ley y como desarrollo reglamentario de esta, el instrumento de ordenación coadyuva en la definición del régimen estatutario de la propiedad. Un régimen dinámico que progresivamente va incorporando nuevas exigencias y determinaciones (singularmente desde la LS07). De hecho, en la actualidad, es partir del régimen de las situaciones y actuaciones básicas, de la clasificación y la calificación como se configura dicho estatuto, que se modula y actualiza en base a los nuevos objetivos, superando la condición fosilizante de la mera clasificación del suelo.

En este sentido indica Laso «el Plan no solamente contiene una posibilidad de desarrollar sus determinaciones, sino que encierra también la obligación de hacerlo en correspondencia con la función social de urbanizar y edificar, inherente a la utilidad pública que el Plan comporta» (Laso Martínez, 1981, p. 70).

Los instrumentos de ordenación se presentan como instrumentos de planificación que se sustancian en «la definición del modelo de ordenación del territorio [–que–] es función privativa de la sociedad a través de sus órganos de representación, mediante la participación pública» y en las causas sociales determinantes de la aparición del hecho urbanístico que llevan a un rendimiento económico de la propiedad, que es atribuido o facilitado por los poderes públicos «sin perjuicio de las exigencias de la certeza y seguridad jurídica» (Laso Mártinez, 1981, p. 226). Razón por la cual los instrumentos de ordenación urbanística tienen carácter vinculante para las administraciones y los administrados en la obligación del cumplimiento de las disposiciones ordenantes.

Una disposición ordenante u ordenación, como dice el DRAE, es al menos tres cosas: «4. f. Buena disposición de las cosas; 5. f. Regla que se observa para hacer las cosas y 6. f. Mandato, orden, precepto». Y además como todo instrumento jurídico esa ordenación debe disponer de la debida motivación, las debidas garantías procedimentales y cumplir las exigencias normativas, ahora desarrolladas bajo el paraguas del DUSI. Por tanto, se trata de que la ordenación no sea un mero «desiderátum» programático público, sino que sea real y efectiva, lo que se logra, en gran medida, por la naturaleza reglamentaria del instrumento de ordenación que la acoge.

> «Una idea aparece clara de todo este conjunto: la vinculación del planeamiento va directamente dirigida al objetivo de que el Plan tenga efectiva realización, de que no sea una hipótesis teórica perfectamente configurada, pero carente de efectividad real. A la luz de esta idea claramente pueden calificarse como fraudulentos por su intención, o erróneos, aquellos planes que carecen de la estructura imprescindible para hacerlos realizables; el planeamiento tiene que basarse sobre unos fundamentos realistas, permitir la aplicación flexible, utilizar las técnicas de gestión adecuadas y contar con una Administración comprometida y dispuesta a emplear sus prerrogativas. Cuando estas condiciones no se dan, se está ante situaciones que implican una desviación de poder, un fraude a las legítimas expectativas de los administrados o una dejación lamentable de competencias». (Laso Martínez, 1981, p. 228).

Adicionalmente, tenemos la singular forma en que se expresa la ordenación y que contribuye de manera integrada a su caracterización reglamentaria. En efecto, la ordenación se expresa de múltiples maneras, escrita, matemática y gráficamente. Entre los juristas la primera tiene una tradición inmemorial, pero las otras, la matemática y la gráfica, quizás por el grado de abstracción o por la falta de visión espacial han sido ciertamente minusvaloradas como forma de regulación reglamentaria y posiblemente relegadas a una mera conceptualización informativa. Nada más lejos de la realidad.

El lenguaje gráfico y matemático es capaz de contener y definir más información, en términos generales y con mayor precisión que el lenguaje escrito. Baste intentar describir una finca no regular con la precisión requerida para denotar la dificultad del reto (compárese la precisión de una descripción registral escrita de una finca con las de unas coordenadas UTM de sus vértices o la descripción gráfica georeferenciada). Pero no se trata únicamente de una finalidad descriptiva, sino también regulatoria, como por ejemplo la delimitación de un ámbito, la regulación de una sección tipológica de una manzana o la determinación de una alineación edificatoria. En las ordenaciones los tres lenguajes se interrelacionan y se unen para conformar un todo y facilitar la transmisión de la información. Razón por la cual los tres lenguajes cumplen la función definitoria de la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística.

Como dice Laso: «La norma es, por tanto, una unidad a todos los efectos, sin perjuicio del distinto significado que en cada momento tenga su contenido, y nada autoriza a excluir de la eficacia general de aquella a alguna de sus partes, sin perjuicio de la distinta valoración que haga el intérprete de ella, del mismo modo que el carácter meramente dispositivo o el necesariamente obligatorio de las normas, principalmente en el ámbito del Derecho civil, no degrada aquel contenido dispositivo extrañándole de la norma a la que pertenece.

Se trata pura y simplemente de llevar a cabo una interpretación integradora de todas las partes que forman la norma, y ello para lograr su mejor aplicación en función de los criterios consagrados por el vigente artículo 3.1 del Código Civil.

Por otra parte, en el ámbito de los Planes de Ordenación, la singularidad del Derecho urbanístico, como fenómeno jurídico original, lleva a la circunstancia de que el carácter normativo estricto no se predica imprescindiblemente de una parte literaria concreta, sino que ésta procede de cuantas determinaciones alcancen las notas más arriba expresadas de obligatoriedad y eficacia. Por esta razón, tanto tiene carácter normativo estricto el contenido de las ordenanzas como puede tenerlo la propia definición que de las tramas

dan los Planes, como incluso el contenido de la memoria, según veremos. Y, al contrario, la parte literaria del planeamiento, principalmente sus ordenanzas, como corresponde también a toda norma, según se ha visto, puede contener y contiene de hecho en muchas de sus partes, disposiciones ni estrictamente vinculantes ni propiamente normativas, sino orientadoras, como, por ejemplo; en cuanto al significado de los valores estéticos de las construcciones que se levanten en ejecución del Plan» (Laso Martínez, 1981, pp. 306-307).

Son muchas las sentencias que ha reconocido esta circunstancia (Laso Martínez, 1981, pp. 308-311), por lo que el criterio ordenacentista no se limita a las ordenanzas en sentido estricto, sino se extiende a todos los documentos que conforman el instrumento, sean memorias, planos y programas, conformando un todo inescindible y superando incluso la vieja dicotomía de las partes reglamentarias y no reglamentarias (López Ramón, 2021, pp. 70-71). Todos los componentes forman un conjunto interdependiente que justifica las decisiones entre sí, que alcanza a las distintas determinaciones que emanan de todos los informes preceptivos y, en su caso, vinculantes, cuya respuesta se produce en el conjunto del instrumento. «Con todo lo dicho queda demostrado, pues, el genérico carácter normativo del planeamiento, sin perjuicio del contenido estrictamente normativo que en alguna de sus partes tenga, contenido que no tiene por qué reducirse exclusivamente a la parte ordenancista del planeamiento». (Laso Martínez, 1981, p. 312).

Por todo ello, interesa desgranar los contenidos vigentes de los instrumentos de ordenación urbanística con dos limitaciones, dada la extensión posible del presente artículo. Se procederá a describir únicamente los elementos del PGOU, por ser el instrumento que mejor describe el ejercicio pleno de la potestad de planeamiento y, en segundo lugar, se describirán exclusivamente las determinaciones de la regulación básica, puesto que cada Comunidad Autónoma ha ido incorporando las que ha estimado necesarias en función de sus objetivos, pero cuya extensión siquiera descriptiva sería inabarcable.

2.1. Contenidos clásicos

Sin perjuicio de que en la actualidad son las leyes urbanísticas de cada Comunidad Autónoma las que regulan los contenidos generales de los instrumentos de ordenación, todas ellas son deudoras del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLS76) y su desarrollo reglamentario, el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RPU).

Por tanto, si escogemos el Plan General de Ordenación Urbana, como el instrumento que tiene el mayor alcance e integralidad y que mejor muestra la incorporación de las determinaciones, contenidos e informes DUSI, podemos observar que en arreglo al mínimo común de las normativas[1] deberá disponer al menos los siguientes documentos:

- Memoria informativa y Memoria justificativa (art. 12.3.a TRLS76 y art. 38 RPU).
- Planos informativos y de ordenación (art. 12.3.b TRLS76 y art. 39 RPU).
- Normas urbanísticas (art. 12.3.c TRLS76 y art. 40 RPU).
- Programa de actuación (art. 12.3.d TRLS76 y art. 41 RPU).
- Catálogo de Protección (art. 25 TRLS76 y art. 86 RPU).

2.2. Perspectivas, criterios, estudios e informes DUSI de la regulación básica

Además de los contenidos «clásicos» señalados, el PGOU deberá cumplir los siguientes criterios e incorporar los contenidos DUSI en virtud del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible que acoge el art. 3 TRLSR. Un principio que se despliega en tres ejes fundamentales: (1) la utilización del suelo conforme al interés general, (2) el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente y (3) la provisión de un medio urbano competitivo, sostenible social, económica y medioambientalmente, cohesionado, eficiente energéticamente y complejo funcionalmente, suficientemente dotado y ocupado de manera eficiente.

Para dar cumplimiento a dicho principio, el TRLSR va a adoptar distintas técnicas, donde cada una de ellas va a disponer una determinada perspectiva, sea física, social, económica, medioambiental o una com-

[1] Para mayor detalle consultar Mardones, N., Luque Valdivia, J. y Aseguinolaza, I. (2019a).

binación entre ellas. Dentro de esas técnicas destacan los Criterios básicos de ocupación del suelo (art. 20); los contenidos y exigencias para la Evaluación y seguimiento de la actividad de ordenación y ejecución (art. 22 y disposición adicional segunda) y los mecanismos de información y participación ciudadana (art. 25.3 y disposición adicional novena). A continuación únicamente se identifican los distintos ítems DUSI exigibles de acuerdo con la regulación básica, tanto general-urbanística como sectorial.

2.2.1. *Criterios básicos de ocupación del suelo*

El art. 20, sobre los Criterios básicos de utilización del suelo, incorpora a los instrumentos de ordenación todo un conjunto de determinaciones directas (por cuanto que es un mandato a las Administraciones Públicas competentes en materia de ordenación territorial y urbanística) «para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el título preliminar y en el título I, respectivamente». Además de los que se desarrollarán mediante normativas sectoriales, los que corresponden al DUSI son:

Determinaciones físicas y ambientales

- Limitación del crecimiento de la urbanización para impedir la especulación y solo transformar el suelo estrictamente necesario, preservando el resto en situación básica rural.

Determinaciones sociales y económicas

- Establecimiento de la reserva mínima de suelo para vivienda sujeta a un régimen de protección pública del 30 % de la edificabilidad residencial en las actuaciones de nueva urbanización y del 10 % en las de reforma o renovación de la urbanización.
- Inclusión de la perspectiva de género, con el estudio o documentación necesaria.
- Cumplimiento y justificación de los principios de accesibilidad universal, movilidad, eficiencia energética, garantía de suministro de agua, prevención de riesgos naturales y accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente.

Determinaciones ambientales

- En consideración del principio de prevención de riesgos naturales y accidentes graves en la ordenación de los usos del suelo, se incluirá en los instrumentos de ordenación la documentación que describa los riesgos derivados del cambio climático (por el ascenso del nivel del mar los derivados de eventos meteorológicos extremos sobre las infraestructuras y los servicios públicos esenciales, los de mortalidad y morbilidad derivados de las altas temperaturas, los asociados la pérdida de ecosistemas y biodiversidad y los de incendios).
- Incorporación de la información del Mapa de Riesgos como un condicionante de la ocupación del suelo y la ordenación urbanística.
- La necesidad de adaptar y realizar la integración paisajística de todas las instalaciones, construcciones y edificaciones, tanto en suelo rural como urbanizado.

2.2.2. *Contenidos e informes de Evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano*

Sin perjuicio de otras determinaciones de las normativas autonómicas que se analizarán en el apartado siguiente, el art. 22 exige que los instrumentos de ordenación urbanística incorporen los siguientes documentos e informes (preceptivos y vinculantes) como factor determinante y demostración del acogimiento del principio y de los objetivos DUSI.

Documentos e informes de físicos (Infraestructuras y equipamientos):

- Informe de Carreteras (art. 16.6 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras).
- Informe de Puertos (arts. 56 y 72.1 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

- Informe de Seguridad aérea (art. 29 del Real Decreto 297/2013, de 26 de abril, por el que se modifica el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de Servidumbres Aeronáuticas y por el que se modifica el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio).
- Informe de Ferrocarriles (art. 7.2 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario).
- Informe de Defensa (disposición adicional Segunda TRLSR).

Documentos e informes sociales:

- Estudio o Informe sobre el Impacto o perspectiva de género (art. 20.1.c TRLSR).
- Documentación de Información y participación ciudadana (disposición adicional novena TRLSR recoge la inclusión del art. 70.ter LBRL).
- Resumen Ejecutivo del instrumento de ordenación urbanística (art. 25.3 TRLSR).
- Estudio sobre Accesibilidad urbana (arts. 5.b, 15.b, 20.1.c y 24.4 TRLSR y art. 25.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).
- Informe de Buena Regulación (art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).
- Informe sobre Patrimonio Cultural de bienes estatales (art. 11 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).
- Informe sobre Infancia y adolescencia (art. 22quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).
- Informe sobre Familias numerosas (disposición adicional Décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas).

Documentos e informes económicos:

- Estudio de viabilidad económico-financiera, EVEF (para Planes Generales arts. 12.2.1.h y 12.3.e y para Planes Parciales art. 13.2.g TRLS76 y arts. 29.1.j, 37.5, 42, 55, 57.6 y 63 RPU).
- Informe de Sostenibilidad Económica (art. 22.4 TRLSR).
- Memoria de Viabilidad Económica (distinta del EVEF), exclusivamente en caso de existencia actuaciones sobre el medio urbano (art. 22.5 TRLSR).
- Informe de otras Administraciones con bienes afectados (art. 189.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Documentos e informes Ambientales:

- Evaluación Ambiental Estratégica (art. 22.1 TRLSR y el art. 6 la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental) y consiguientemente el Estudio Ambiental Estratégico (art. 22.2 TRLSR).
- Informe sobre Riesgos naturales y Mapa de riesgos (arts. 20.1.c, 22.2 TRLSR y DF4 Ley 7/2021).
- Informe de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas (y de saneamiento) (art. 25.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas).
- Informe de la Administración sobre aguas y la Protección del Dominio Público Hidráulico (arts. 14.bis y 78.1 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas).
- Informe de la Administración de Costas sobre el deslinde y la Protección del Dominio Público Marítimo-terrestre (arts. 112.a y 117 Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas).
- Estudio sobre Cambio Climático (art. 21 de la Ley 7/2021 sobre el cambio climático en la planificación y gestión territorial y urbanística).
- Mapa de Ruido, impacto y zonificación acústica (Real Decreto 1513/2005 y art. 5 del Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido).

- Información sobre Suelos contaminados (art. 99.5 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y suelos contaminados para una economía circular).
- Informe sobre Política energética, minas y recursos o impactos energéticos (art. 122 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas).
- Informe sobre Montes y Gestión Forestal (art. 39 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes).

Documentos e informes de Infraestructuras de Comunicaciones y redes:

- Información sobre Movilidad urbana sostenible (arts. 3.3.f, 18.1.c, 20.1.c y 22.3 TRLSR).
- Informe sobre Telecomunicaciones (art. 49 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones).
- Informe sobre Infraestructuras de gas e hidrocarburos (art. 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y disposición adicional segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas).
- Informe sobre Infraestructura eléctrica (art. 5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico).
- Informe sobre Infraestructura de residuos urbanos (art. 15 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular).
- Informe sobre Instalaciones con explosivos (art. 24.3 del Real Decreto 130/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos).

Documentos e informes Transversales:

- Informe de Seguimiento y evaluación de la sostenibilidad ambiental y económica de las actuaciones urbanísticas de ordenación y ejecución (art. 22.6 TRLSR).

2.3. Otros contenidos de las regulaciones autonómicas

A los contenidos «clásicos» y DUSI de la regulación básica cada Comunidad Autónoma (en virtud de la asunción de sus distintas competencias, art. 148 CE) ha incorporado y vinculado exigencias adicionales para los instrumentos de ordenación urbanística que cabe sintetizar en los siguientes[2]:

- Por determinación urbanística: informes de accesibilidad, aguas, bienestar social, carreteras, ciclo del agua, desarrollo rural, educación, ferrocarriles, industria, mancomunidad de servicios, medioambiente y medio natural, minería, patrimonio cultural, protección civil y emergencias, puertos y salud/sanidad.
- Por determinación sectorial: informes de agricultura, aguas, aguas (obras hidráulicas), aeropuertos, carreteras, cementerio, ciclo de agua, comarcas, comercio, contaminación de suelo, contaminación lumínica, educación, ferrocarriles, forestal-montes, ganadería, gas, igualdad-género, industria infraestructuras electicas, itinerarios verdes, litoral, medio ambiente, memoria histórica, minería, paisaje, patrimonio cultural, patrimonio cultural (arqueología), protección civil, puertos, Red Natura 2000, residuos, ruido, salud/sanidad, seguridad contra incendios, servicios-bienestar social, suficiencia agroalimentaria, telecomunicaciones, transportes, turismo, vías pecuarias y vivienda.

Como se puede observar los instrumentos de ordenación urbanística son muy distintos a los épocas pretéritas, tanto en objetivos, determinaciones, contenidos y exigencias.

3. RELECTURA DE LA NATURALEZA REGLAMENTARIA DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Tal y como se ha señalado en el apartado 1.1, en los últimos tiempos han aparecido una serie de análisis revisionistas de la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística (Bassols

[2] Para mayor detalle consultar Mardones, N., Luque Valdivia, J. y Aseguinolaza, I. (2019b).

Coma, 2017, p. 11), en referencia a las tesis de Baño León, Santamaría Pastor y Doménech Pascual, más permeadas por las consecuencias de los vicios de legalidad que por el reconocimiento de las características y determinaciones específicas de los propios instrumentos de ordenación. No obstante, sin desdeñar sus razonamientos, las mismas no reconocen los cambios nucleares emergidos con la LS07 que refuerzan la naturaleza reglamentaria basada en la concepción ordinamental enunciada por García de Enterría y que fue acogida por el criterio jurisprudencial. Son dos las determinaciones nucleares que recogió la LS07: 1) la disociación de la propiedad de la facultad de transformar el suelo de acuerdo con lo definido en el planeamiento (LS07 EM III.4) y 2) la incorporación del desarrollo urbano sostenible (LS07 EM I), ahora también integrado (L3R EM I y II) que se compila en el art. 3 del TRLSR.

3.1. La disociación de la propiedad y la transformación del suelo

El modelo clásico del derecho urbanístico español (de la LS56 a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones) configuró una relación directa entre la propiedad y el planeamiento, de ahí que se hable de un urbanismo de propietarios. De dicha configuración, que algunos autores señalan de definición limitada y concreta que agota y singulariza la regulación y que a su vez aleja a los instrumentos de ordenación de su naturaleza reglamentaria, destaca la clasificación del suelo, que definía el haz de derechos y deberes de la propiedad a la hora de concretar la ordenación que recoge el planeamiento.

Sin embargo, con la LS07 (ahora con el TRLSR y con la salvedad de las actuaciones sobre el medio urbano, art. 17.5 TRLSR) la propiedad y la iniciativa y participación en las actuaciones básicas y por ende de sus determinaciones se van a ver disociadas.

En primer lugar, aunque se tolere la clasificación del suelo como técnica urbanística (EM I LS07), esta se remitirá exclusivamente a las cuestiones de diseño urbano tales como estándares y límites, mientras que el haz de facultades de la propiedad se define en función de su situación básica (arts. 13 y 14 TRLSR). Por otro lado, los deberes generales de la propiedad (arts. 15, 16 y 17 TRLSR) se disocian de los deberes de las actuaciones (arts. 18 y 19 TRLSR), ya que no cabe imponer la participación en las actuaciones de transformación y edificatorias básicas, puesto que la participación se predica facultativa y requiere pronunciamiento expreso y ratificación en su caso (art. 13.2.c TRLSR y 14.c TRLSR por asimilación en virtud del art. 8.1.c del TRLS08). Y en tercer lugar, cuando se participa no se hace en condición de propietario como categoría jurídica, sino como empresario, pudiéndose llegar a la situación de ser participante no siendo propietario. De hecho, para el propietario la aprobación del plan no implica modificación alguna, puesto que se requiere la tramitación y aprobación del instrumento de ejecución, momento a partir del cual surte efectos, tales como la patrimonialización progresiva de la edificabilidad, la cual solo se produce de manera plena al cumplimiento íntegro de deberes y el levantamiento total de las cargas (art. 11.2 TRLSR).

Este primer cambio, todavía no asimilado por la mayoría de las legislaciones urbanísticas, refuerza las anteriores notas (ver apartado 1.1) que caracterizan la naturaleza reglamentaria de los instrumentos. A saber:

- Abstracción. Puesto que no otorga derechos y deberes a una entidad o persona concreta en función de las previsiones del plan.
- Generalidad. Las facultades y deberes de la propiedad no se individualizan, son en función de su situación básica, por usos o categorías, pero remitidos a una pluralidad indefinida.
- Disociación de la regulación de su ejecución. El plan no ejecuta su diseño y regulación, ni de la urbanización ni la edificación.
- Disociación del derecho propiedad de las actuaciones. Los derechos y deberes de las actuaciones no son de los propietarios sino de las actuaciones básicas y es dentro de estas donde las personas empresarias participantes se los reparten en función de su voluntad ratificada.

En consecuencia, el nuevo régimen de empresarios urbanísticos y la diferente relación configurada con respecto al plan refuerza la naturaleza reglamentaria de su regulación y ordenación.

3.2. La incorporación del DUSI

El segundo cambio nuclear que se introdujo con la LS07 fue el concepto de la sostenibilidad en el ordenamiento urbanístico, completado con la LES y la L3R en cuanto a la integralidad y el medio urbano, y que ahora se explicita en el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible del art. 3 del TRLSR.

Con la sostenibilidad integrada, los instrumentos de ordenación tienen que responder a nuevos objetivos, requisitos y determinaciones, porque la finalidad es que las ordenaciones (con sus determinaciones y regulaciones) sean distintas de aquellas otras que se podrían formular sin atender a dicho principio.

Pero para lograr ese nuevo tipo de ordenación y regulación se precisa partir de otro tipo de información y anticipar otros supuestos o considerar otros mecanismos. Esos no son sino las determinaciones, estudios e informes de las nuevas perspectivas físicas, sociales, económicas y medioambientales que los instrumentos deben asumir e incorporar como demostración de que han sido considerados y reflejados en las ordenaciones (Barnes Vázquez, 2012, p. 513). De igual manera, continua Barnes (2012, p. 286) sobre la nueva legislación urbanística, esta se configura con una arquitectura legal finalista y procedimental. «Establece objetivos, finalidades, principios y objetivos a alcanzar, garantías de resultado», pero a diferencia del «modo clásico o esperado, […] no es la ley la que dirige el sector con sus previsiones materiales o sustantivas, con todo lo que eso significa (de entrada la ley no ofrece entonces un canon o parámetro denso y claro para controlar y enjuiciar la acción administrativa)». Por tanto, la nueva arquitectura legal penetra en la ordenación y en la regulación de los instrumentos a través de los elementos indirectos que controlan y limitan la acción potestativa del planeamiento Barnes (2012, p. 287). Ahora, precisamente, desde la cuádruple perspectiva física, social, económica y medioambiental que implica el DUSI en el propio plan.

En los apartados 2.2 y 2.3 se han desglosado las determinaciones, estudios e informes DUSI, que, frente a visiones individualizadoras o segmentadoras, los instrumentos aúnan bajo una estrategia administrativa global y unitaria. El instrumento de ordenación no es una acumulación de piezas individuales, sino una ordenación de conjunto, sistemática y sistémica, por mucho que la concepción holística de los planes tienda a ser puesta en cuestión por su incapacidad de adaptarse a una realidad aceleradamente cambiante. Argumento parcialmente cierto, por cuanto que los planes clásicos y su régimen de clasificación de suelo han resultado en posiciones rígidas y con poca capacidad de adaptación social, económica y ambiental por los derechos que permitía patrimonializar, los deberes limitados y tasados que cabían imponer y por la posible responsabilidad patrimonial en que podrían incurrir aquellas administraciones que osaran alterarlos. Pero esa situación ya no es así o no tiene porqué serlo, tal y como se ha descrito en el apartado anterior.

Todo el conjunto de determinaciones, estudios e informes DUSI configuran una realidad jurídica distinta que se plasma en la ordenación del instrumento que constituye su esencia y configura su naturaleza reglamentaria. El DUSI redefine los intereses en juego, innova el ordenamiento a la hora de definir la ordenación, no agota las posibilidades en su definición (hay una pluralidad de soluciones), puede ser modificado o actualizado en función de nuevas exigencias (basta ver el progresivo desarrollo del concepto e incorporación de nuevas exigencias), tiene una eficacia general (incluso cuando es sectorial), permite garantizar el acceso de distintas perspectivas concurrentes, utiliza un lenguaje abstracto e impersonal (tanto escrito, gráfico como numérico), obliga a una pluralidad no concreta de agentes (incluida la Administración), obliga a motivar y justificar las soluciones bajo sus cuatro ópticas y sirve para cumplir y desarrollar con eficacia los mandatos de la distintas leyes que tienen afección sobre el territorio y el medio urbano.

Todo ello justifica el ensanchamiento de la condición reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística y, consecuentemente, los efectos jurídicos que pueden derivarse cuando no se consideran, omiten involuntariamente (o no tan involuntariamente) y que establece la Ley de Procedimiento Administrativo cuando así lo declara el poder judicial, la nulidad de pleno derecho (art. 47.2 LPAC).

4. PROPORCIONALIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Son muchos los autores que han descrito las distintas aristas que implica la declaración de nulidad de pleno de derecho de los instrumentos de ordenación, por el «automatismo» que supone la consideración de su naturaleza reglamentaria, al incumplir las determinaciones, no incorporar los estudios y no solicitar o asumir los informes sectoriales descritos en el apartado 2. Más aún, se ha tendido a magnificar la trascendencia de la nulidad mientras que se minusvalora la incidencia de las omisiones, atribuyéndolas una mera condición de vicio formal (Tolosa Tribiño, 2020, pp. 12-13). De hecho surgen hasta estudios, informes y estadísticas de planes anulados por estas condiciones (por todos, los trabajos realizados por Ramos Medrano, 2017a –recursos hídricos– y 2017b –evaluación ambiental estratégica–, 2018 –sostenibilidad económica–, 2019 –participación ciudadana– y 2020 –ausencia o insuficiencia en la justificación de sus decisiones–). Así mismo, se describen toda clase de consecuencias lesivas (Vaquer Caballeria, 2018, p. 3): la anulación en cascada

de los planes de desarrollo, sus instrumentos de ejecución, la imposibilidad de otorgar licencias urbanísticas, la desposesión de cobertura jurídica legal de las edificaciones, construcciones e instalaciones realizadas y la posibilidad de revivificación del plan precedente (presuntamente obsoleto y, probablemente, con más carencias que el anulado). Y además, se suele señalar la pérdida de los trabajos y recursos económicos públicos de elaboración de los instrumentos. Al punto de que todo este conjunto de calamidades se llega a calificar de efectos desproporcionados (Santamaría Pastor, 2014, p. 212).

Sin embargo, desde un punto de vista científico y objetivo se echa de menos la evaluación opuesta, la evaluación de la incidencia y coste de las omisiones y no consideraciones de las determinaciones legales. Porque ¿Cuáles y para quién son los costes del no cumplimiento de las determinaciones DUSI?, ¿Cuáles son las consecuencias para la sociedad y para el territorio?

A mero título ilustrativo de ejemplos de omisión de las determinaciones, estudios e informes de las cuatro perspectivas DUSI, se procede a exponer 4 casos de instrumentos de planeamiento que fueron declarados nulos de pleno derecho desde cada una de las perspectivas DUSI.

Desde la perspectiva física (STS 1300/2020 FJ7, PGOU Yaiza, Lanzarote), el PGOU no solicitó el Informe, ni incluyó las determinaciones de Costas (art. 22.3.b TRLSR y art. 117 Ley 22/1988 de Costas) y derivó en la nulidad de pleno derecho parcial de 4 ámbitos sujetos a posteriores Planes Parciales. Sin embargo, cabe preguntarse si las viviendas de los 4 sectores eran necesarias y si estaban justificadas bajo la perspectiva DUSI ¿Qué impactos tendrá para el municipio la no consecución del objetivo? O si ¿Será necesario colonizar otros suelos para cubrir la demanda necesaria de vivienda?, ¿o no eran necesarias?, ¿Tendrá otros impactos ambientales o económicos sobre el territorio o la Hacienda municipal?, ¿Acaso no es una salida en falso dada la naturaleza unitaria y global del PGOU?

Desde la perspectiva social (STS 1245/2020 FJ2, PGOU Boqueixón, La Coruña), el PGOU omitió el Informe de Telecomunicaciones (art. 50.2 Ley 11/2022 de Telecomunicaciones) con la consiguiente declaración de nulidad del mismo. Tal y como constató la sentencia, si las telecomunicaciones es una de las infraestructuras y redes «que más pueden contribuir al crecimiento, la productividad, el empleo, y por tanto, al desarrollo económico y al bienestar social, afectando directamente al círculo de protección de los intereses generales», así como a la reducción de la desigualdad social, p. ej. a través de la educación por medios digitales e incluso a distancia, cabe preguntarse ¿Cuál sería el coste social y económico actual y futuro para la ciudadanía –de Boqueixón en este caso–?, ¿Qué impactos tendría en el acceso al bienestar social o en el desarrollo económico?, ¿Quién pagaría en el futuro la ausencia o las restricciones en el plan de las telecomunicaciones?

Desde la perspectiva económica (STS 4378/2015 FJ5, PGOU Marbella, Málaga), el PGOU fue anulado por omisión del Informe de Sostenibilidad Económica (art. 22.5 TRLSR). Más allá de la cuestión documental, cabe preguntarse si ¿es posible aprobar un PGOU cuya ejecución genere déficits crónicos a las Haciendas públicas por los impactos negativos de las actuaciones de transformación?, ¿Qué repercusiones podrían tener esos impactos para el resto de políticas públicas? y no menos importante ¿Qué consecuencias tendría la insuficiencia o inadecuación de proveer suelo destinado a usos productivos para el desarrollo económico-social del municipio?, ¿y de la comarca?

Desde la perspectiva ambiental (STS 2435/2015 FJ6, PGOU Arona, Tenerife), el PGOU fue anulado por omisión de la Evaluación Ambiental Estratégica (art. 22.1 y 22.2 TRLSR y art. 6 Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental). Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Cuáles serían las consecuencias de no considerar las alternativas de ocupación con menor impacto ambiental o el no planteamiento de las medidas de adaptación y mitigación climática? Y en el caso de la información sobre los riesgos ambientales incluidos en la evaluación estratégica como los mapas de riesgo de inundabilidad ¿Qué consecuencias tendría para las personas, el medio y las edificaciones que ya estuvieran o se proyectaran en dichos espacios y suelos inundables o en situación de riesgo?

Como se puede deducir, y frente a una corriente de opinión mayoritaria, no se trata de cuestiones de forma o procedimiento, sino sustantivas y de fondo (Tolosa, 2020, p. 12). En palabras del Ex-magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, D. José Suay Rincón (2020, p. 103):

> «Sin embargo, tampoco cabe ignorar las dificultades existentes para acudir a esta categoría –los vicios formales–; no será fácil en muchas ocasiones, tratándose de una norma (o de un plan), que la falta de algún informe preceptivo –que, a veces, incluso se configura como vinculante–, o la insuficiencia del algún documento pueda carecer de relevancia jurídica y de dejar de incidir sobre el resultado. Si el ordenamiento jurídico requiere su cumplimentación, tampoco

> es por capricho, sino porque lo considera indispensable para asegurar su ajuste a Derecho y la racionalidad del plan. Y en esta medida, no será fácil acreditar que los defectos apuntados no estén en grado de alterar, o de poder alterar, el resultado, esto es, el contenido del plan».

Y continúa el propio Suay Rincón (2020, p. 115):

> «Lo cierto, sin embargo, es que no existe consenso suficiente en torno a esta cuestión. Y es que, además, ocurre que, aun cuando se partiera de la premisa expuesta –esto es, aun sobre la base de que los planes contienen determinaciones de distinto género–, lo que resulta todavía más difícil sería separar y escindir sus aspectos normativos de los no normativos. No es fácil para nada convenir sobre el punto dónde ha de situarse la supuesta línea divisoria.
>
> Cabría, por ejemplo, afirmar que la programación temporal ejecución (el denominado "plan de etapas") no es norma (en tanto que con su ejecución misma se agota el contenido que le es propio), lo mismo que la documentación inescindible que ha de acompañar al plan (el estudio económico financiero, lo mismo que ahora el nuevo informe de sostenibilidad económica); pero, pasamos después a tener que determinar si no lo es del mismo modo el documento de la memoria del plan, las dificultades comienzan, porque acaso podrá sostenerse que dicho documento carece igualmente de carácter normativo estricto, pero distinto es que no posea el valor vinculante propio de la norma (o el plan) a la que acompaña.
>
> Y en relación con los planos, acaece otro tanto. Tampoco están exentos de polémica; porque no serán normas los planos de información, pero más controvertible es que lo mismo suceda con los planos de ordenación, cuando la jurisprudencia en ocasiones defendido incluso su carácter prevalente sobre las propias determinaciones escritas del plan. En relación con estos planos, que en forma de documentación gráfica incluyen los planes de urbanismo, el contenido normativo de las fichas que acompañan a los planes no puede descartarse; y por ello precisamente hace tiempo que la jurisprudencia viene negando, en efecto, la aplicación indiscriminada de la regla tradicional conforme a la cual el texto escrito de los planes prevalece siempre sobre la documentación gráfica (STS 6237/2012)».

CONCLUSIONES

Primera. A partir de una observación desprejuiciada de los contenidos, determinaciones y exigencias de los instrumentos de ordenación urbanística queda patente que estos tienen una naturaleza reglamentaria, porque gozan de las notas de innovación del ordenamiento, tener una forma impersonal y abstracta, ser modificables y sustituibles, no agotarse con su cumplimiento singular dado que permite una pluralidad indefinida de cumplimientos y seguir ordenando la vida social desde su superioridad.

Segunda. Los instrumentos de ordenación urbanística están compuestos por una pluralidad de documentos que conforman un todo inescindible expresado por medio de los tres lenguajes (escrito, gráfico y matemático) para la concreción de sus determinaciones sobre el medio físico, lo que precisamente refleja y define su naturaleza reglamentaria.

Tercera. A partir de la promulgación la LS07, y de manera acentuada desde la LES, se han incorporado a las ordenaciones urbanísticas determinaciones jurídicas que disocian la ejecución de las actuaciones de la propiedad y la necesidad del cumplimiento de los objetivos sectoriales en las mismas como vía para resolver otras necesidades urbanas multidisciplinares e integradas (físicas, sociales y económicas y ambientales), lo que ha reforzado, aun más si cabe, la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación.

Cuarta. Las técnicas elegidas para incorporar y hacer que los instrumentos atiendan esas nuevas necesidades urbanas integradas son la definición de criterios básicos de ocupación del suelo, la incorporación de las determinaciones de los informes de las distintas entidades públicas sectoriales y la elaboración de nuevos documentos que demuestren que dichas nuevas exigencias integradas se cumplen.

Quinta. Y de ahí la proporcionalidad de la declaración de nulidad de pleno derecho cuando las nuevas determinaciones no se cumplen o justifican debidamente. Porque las determinaciones y elementos DUSI reformulan la esencia, los objetivos y las determinaciones de ordenación que convergen en la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística. Con todo ello, se refuerza la obligación del cumplimiento de los objetivos sectoriales en los mismos como vía para resolver otras necesidades urbanas

multidisciplinares, se habilita que la vía jurisdiccional y de la acción pública de control sea multifocal y se domestica la potestad de planeamiento con una reformulación del interés general, ahora, definido bajo el principio del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS[3]

Barnes Vázquez, J. (2012). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.

Baño León, J. M.ª (2009). *Derecho Urbanístico Común*. Iustel.

Baño León, J. M.ª (2016). Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico. En J. Gifreu i Font, M. Bassols Coma y A. Menéndez Rexach (dirs.), *El derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudio en homenaje a Manuel Ballbé Prunes* (pp. 758-769). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.

Baño León, J. M.ª (2017a). El plan urbanístico en ruina: un esbozo de reconstrucción. *Práctica Urbanística*, (144), 1-8.

Baño León, J. M.ª (2017b). Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos. *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente – RDUyMA*, (311), 43-56.

Baño León, J. M.ª (2019). La competencia jurisdiccional para concretar los efectos de la anulación de reglamentos y planes. *Revista de Administración Pública – RAP*, (210), 43-68. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.02

Bassols Coma, M. (2017). La asimilación de los planes de urbanismo a normas reglamentarias y problemática jurídica de su anulación. En G. Soria Martínez y M. Bassols Coma (coords.), *Los Efectos de la Nulidad de los Instrumentos de Planeamiento Urbanístico* (pp. 27-102). Thompson Reuters Aranzadi.

Benabent-Fernández de Córdoba, M. (2019). La insoportable rigidez del Plan General Urbanístico. La necesidad de un cambio de modelo. *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, *51*(201), 451-466. https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/77536

Doménech Pascual, G. (2002). *La invalidez de los reglamentos*. Tirant lo Blanch.

Fernández Rodríguez, T. R. (2017). El contencioso urbanístico y su necesaria reforma. *Revista de Administración Pública – RAP*, (203), 137-162. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.04

García de Enterría Martínez-Carande, E. (1998). El Derecho Urbanístico español a la vista del siglo XXI. *Revista Española de Derecho Administrativo – REDA*, (99), 399.

García de Enterría Martínez-Carande, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2020). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Civitas.

García de Enterría Martínez-Carande, E. y Parejo Alfonso, L. J. (1981). *Lecciones de derecho Urbanístico*. Civitas.

García-Bellido García de Diego, J. (1998). La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo. *Documentación Administrativa – DA*, (252-253), 11-85. https://doi.org/10.24965/da.v0i252-253.5484

Gifreu i Font, J. (2018). La reconsideración de la naturaleza normativa de los instrumentos de planeamiento: ¿una panacea para modular el alcance y efectos del dogma de la nulidad absoluta de los reglamentos ilegales? En Agudo González, J. (coord.), *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*. Bosch.

Laso Martínez, J. L. (1981). *Derecho Urbanístico, Tomo I, Orígenes, principios generales y organización administrativa*. Montecorvo.

López Ramón, F. (2018). La calificación de los vicios de los reglamentos. *Revista de Administración Pública – RAP*, (205), 13-48. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.01

López Ramón, F. (2021). La invalidez de reglamentos y planes entre la interpretación y la reforma. *Revista de Administración Pública – RAP*, (214), 57-98. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.03

Mardones, N., Luque Valdivia, J. y Aseguinolaza, I. (2019a). Incidencia de los informes sectoriales autonómicos en el planeamiento. I. Previsiones de la legislación urbanística y ambiental. *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, *51*(201), 603-622. https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/77596

Mardones, N., Luque Valdivia, J. y Aseguinolaza, I. (2019b). Incidencia de los informes sectoriales autonómicos en el planeamiento. II. Previsiones de la legislación urbanística y sectorial. *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, *51*(202), 799-822. https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/77737

Martín Retortillo, S. (1966). Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del Siglo XIX. *Revista de Administración Pública – RAP*, (49), 39-48. https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-49-eneroabril-1966/antecedentes-del-concepto-de-plan-y-referencia-la-legislacion-de-fomento-del-siglo-xix-2

Menéndez Rexach, A. (2016). Ordenación del territorio supramunicipal y urbanismo municipal: una distinción imposible a la vista de las actuaciones de interés regional. En J. Gifreu i Font, M. Bassols Coma y A. Menéndez Rexach

[3] Se han incluido en este apartado de referencias bibliográficas aquellas a cuyos autores se hace mención en el apartado 1.1 por manifestar una posición doctrinal que ha permitido agruparlos por sus argumentos. Como excepción, se ha decidido no incluir las citas bibliográficas en el texto porque dificultarían su lectura.

(dirs.), *El derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudio en homenaje a Manuel Ballbé Prunes* (pp. 367 y ss.). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.

Parada Vázquez, J. R. y Lora-Tamayo Vallvé, M. (2019). *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*. Dykinson.

Parejo Alfonso, L. J. (1996). Apuntes para una interpretación del sistema legal urbanístico en clave histórica. *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, *28*(107-108), 149 y ss. https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/84123

Parejo Alfonso, L. J. (2016). La evolución del sistema legal urbanístico español. En J. Gifreu i Font, A. Bassols Coma y A. Menéndez Rexach (dirs.), *El derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudio en homenaje a Manuel Ballbé Prunes* (pp. 163-169). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.

Parejo Alfonso, L. J. (2017). El Plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza. *Práctica Urbanística*, (144), 1-35.

Parejo Alfonso, L. J. (2020a). La gestión urbanística del mundo urbano: del giro legal de 2007 al giro jurisprudencial de 2018-2020. *Práctica Urbanística*, (165), 1-11.

Parejo Alfonso, L. J. (2020b). La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, (165), 7-40. https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_25

Ramos Medrano, J. A. (2017a). Más de 90 planes de ordenación territorial y urbanismo anulados por no justificar la disponibilidad de recursos hídricos. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (67), 4-24.

Ramos Medrano, J. A. (2017b). Más de 90 planes de ordenación territorial y urbanismo anulados judicialmente por no realizar la evaluación ambiental estratégica. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (73), 4-25.

Ramos Medrano, J. A. (2018). Más de 90 planes de ordenación territorial y urbanismo anulados judicialmente por falta o insuficiencia en la memoria económica o el informe de sostenibilidad económica. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (85), 4-31.

Ramos Medrano, J. A. (2019). Más de 90 planes de ordenación territorial y urbanismo anulados judicialmente por errores en la participación ciudadana. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (91), 4-24.

Ramos Medrano, J. A. (2020). Más de 90 planes de ordenación territorial y urbanismo anulados judicialmente por ausencia o insuficiencia en la justificación de sus decisiones. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (103), 11-40.

Santamaría Pastor, J. A. (2014). Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos. *Revista de Administración Pública – RAP*, (195), 197-215. https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40140

Santamaría Pastor, J. A. (2016). Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes. Práctica Urbanística, (141), 1-16.

Suay Rincón, J. (2020). *Urbanismo y Justicia. A la búsqueda de un especio de encuentro y de una respuesta dialogada en torno a la anulación de los planes de urbanismo y a los límites a la potestad de planeamiento*. Tirant lo Blanch.

Tolosa Tribiño, C. (2020). ¿Un giro jurisprudencial sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de los planes de urbanismo? [artículo digital]. *ElDerecho.com Noticias jurídicas y actualidad*. https://elderecho.com/wp-content/uploads/2020/06/Planes-de-urbanismo.pdf

Trayter Jiménez, J. M. (1996). *El control del planeamiento urbanístico*. Civitas.

Vaquer Caballería, M. (2016). La ordenación del territorio y su relación con el urbanismo; configuraciones y desconfiguraciones legales desde 1956 hasta hoy. En J. Gifreu i Font, M. Bassols Coma y A. Menéndez Rexach (dirs.), *El derecho de la Ciudad y el Territorio. Estudio en homenaje a Manuel Ballbé Prunes* (pp. 417-420). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.

Vaquer Caballería, M. (2018). La potestas diabólica. Los retos y debilidades del planeamiento urbanístico en el derecho español. *Planur-e. Territorio, urbanismo, paisaje, sostenibilidad y diseño urbano*, (18), 1-12. https://www.planur-e.es/articulos/ver/la-potestas-diab-lica-los-retos-y-las-debilidades-del-planeamiento-urban-stico-en-el-derecho-espa-ol

Villar Ezcurra, J. L. (1979). En torno a la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo. *Revista de Derecho urbanístico – RDU*. (64), 13-93.

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 15-06-2022
Modificado: 10-11-2022
Aceptado: 18-10-2022
Prepublicado: 11-01-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11090
Páginas: 214-233

Referencia: Càmara Mas, R. (2023). La evaluación del desempeño de los empleados públicos. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 214-233. https://doi.org/10.24965/reala.11090

La evaluación del desempeño de los empleados públicos[1]

Performance evaluation of public employees

Càmara Mas, Roger
Ajuntament del Vendrell (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1009-4499
rcamaramas@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Responsable de los servicios jurídicos del Ayuntamiento del Vendrell desde el año 2015 e investigador predoctoral del Departament de Dret Públic de la Universidad Rovira i Virgili desde el año 2021. Autor de distintas publicaciones en materia de derecho local en revistas especializadas.

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad el estudio de la evaluación del desempeño de los empleados públicos, con especial referencia a su incidencia en la carrera administrativa horizontal. La evaluación del desempeño constituye un factor esencial en el desarrollo de cualquier sistema de carrera horizontal. Serán objeto de análisis aspectos relevantes como el marco normativo, los principios rectores, las fases de implantación de los procesos de evaluación, el control de la discrecionalidad técnica de las decisiones de los sujetos evaluadores, y los efectos de la evaluación del desempeño.

PALABRAS CLAVE

Carrera profesional; carrera administrativa horizontal; empleados públicos; evaluación del desempeño; función pública.

ABSTRACT

The aim of this article is to study the evaluation of performance of public employees. Performance evaluation is an essential factor in the development of any horizontal career system. The following relevant aspects will be specifically analysed: the regulatory framework, the guiding principles, the phases of implementation of the evaluation processes, the control of the technical discretionality of the evaluators' decisions, and the effects of performance evaluation.

KEYWORDS

Professional career; horizontal administrative career; public employees; performance evaluation; civil service.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EL CONCEPTO DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. RÉGIMEN JURÍDICO. 2. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. 3. LOS PRINCIPIOS RECTORES Y LOS LÍMITES

[1] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto "Elaboració d'un projecte de text normatiu que reguli la carrera administrativa horitzontal de l'Ajuntament del Vendrell" (Exp. 2020 DI 90), financiado por el Plan de Doctorados Industriales de la Generalitat de Catalunya.

DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. 3.1. TRANSPARENCIA. 3.2. OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD. 3.3. NO DISCRIMINACIÓN. 4. EL SUJETO O SUJETOS EVALUADORES. 4.1. EL RÉGIMEN DE CONTROL DE LAS DECISIONES DE LOS SUJETOS EVALUADORES. 4.1.1. Aspectos procesales. 4.1.2. Aspectos sustantivos. El control de la discrecionalidad técnica de los sujetos y órganos evaluadores. 5. LAS FASES DE IMPLANTACIÓN DE LOS SISTEMAS DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. 5.1. FASE DE DISEÑO Y PLANIFICACIÓN. 5.2. FASE DE ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICO REGULADOR. 5.3. FASE DE PUBLICIDAD DEL SISTEMA. 5.4. FASE DE APLICACIÓN DEL SISTEMA. 6. LOS EFECTOS DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA HORIZONTAL. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Una de las novedades que incorporó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, fue la figura de la evaluación del desempeño. Si bien existían precedentes en algunos ámbitos sectoriales, como en el sanitario, la figura no estaba prevista con vocación de universalidad y generalidad para la totalidad de las administraciones públicas. El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP en adelante), la contempla como de aplicación a todas las administraciones públicas, inclusive la local[2]. Además, esta introducción se efectúa con carácter preceptivo, de manera que no es un aspecto dispositivo para el legislador de desarrollo.

La evaluación del desempeño constituye un elemento estratégico y fundamental en las políticas de gestión de recursos humanos, así como un auténtico factor de modernización de las administraciones públicas. Tal como indicaba el Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, está llamada a ser, si se aplica bien, un factor fundamental de mejora de la motivación y el rendimiento del empleado público. Más aún, la Comisión considera que éste debe ser un elemento central de cualquier reforma modernizadora de nuestras Administraciones Públicas, tal como ya ocurre en otros países vecinos y como ha establecido también recientemente la Unión Europea para su propio personal (Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 2005).

En esta misma línea, otros informes convergen en la importancia de implantar procedimientos de evaluación del desempeño en el ámbito público. El Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España (Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 2014), apunta que el desempeño ha sido una cuestión esencial en la gestión de plantillas en los países de la OCDE durante los últimos años. Igualmente, el Informe de la Comisión para la reforma de las administraciones públicas (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas – MHAP, 2013), entre las medidas de carácter general, propone la implantación de un sistema de medición de la productividad y eficiencia estableciendo indicadores de gestión que permitan medir el nivel de consecución de los objetivos propuestos y que proporcionen información cualitativa y cuantitativa sobre el desempeño en la organización.

Sin el establecimiento de mecanismos de evaluación, no se puede discernir si la actividad y conducta de los empleados de cualquier organización, es o no la adecuada. Además, sin esta información, es imposible recompensar y premiar el «buen hacer». Las administraciones públicas no deberían ser ajenas a estos procesos de evaluación, máxime cuando tienen encomendada la prestación de servicios públicos esenciales para la ciudadanía. El grado de exigencia en la prestación de estos servicios, y en la gestión de los intereses públicos, debe ser máxima[3]. En este sentido, la evaluación del desempeño se enmarca en la necesidad de orientar la actuación administrativa al servicio de la ciudadanía, a la calidad en la prestación de los servicios públicos, a la responsabilidad en la gestión pública y, en definitiva, en estimular a los empleados para el cumplimiento con eficacia y eficiencia de las funciones que tienen asignadas y a la consecución de los objetivos corporativos.

---

[2] El artículo 20 del TREBEP dispone que las administraciones públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados. El artículo 2.1 del TREBEP, relativo al ámbito de aplicación de la norma, indica que este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las Administraciones de las entidades locales.

[3] Por este motivo, el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que las administraciones públicas, entre otros, deberán respetar en su actuación y relaciones los principios de servicio efectivo a los ciudadanos; racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión; responsabilidad por la gestión pública; planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas; eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados; economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales y eficiencia en la asignación y la utilización de los recursos públicos.

A pesar de que la evaluación del desempeño, en los términos en los que está configurada por el TREBEP, despliega sus efectos en múltiples ámbitos, en este trabajo será principalmente objeto de estudio la incidencia de la misma en la carrera profesional horizontal. Así mismo, por la necesidad de analizar este aspecto de forma particularizada, el objeto de la evaluación del desempeño no será tratado en este artículo, y será desarrollado en un estudio posterior.

1. EL CONCEPTO DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. RÉGIMEN JURÍDICO

El artículo 20.1 del TREBEP nos ofrece un concepto legal de evaluación del desempeño. La define como el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de los resultados. A pesar de que el mismo precepto establece la obligatoriedad de la implantación de la evaluación del desempeño, otorga amplio margen de libertad a cada administración pública para determinar los efectos de la misma en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias (artículo 20.3 del TREBEP).

Para Cortés (2009, pp. 36-39), la evaluación del desempeño es un proceso de identificación, medición y gestión del rendimiento. De la definición, destacan tres fases esenciales en el proceso:

a) La identificación permite establecer qué elementos deben ser objeto de medición y los instrumentos que deberán utilizarse para ello.
b) La medición, en virtud de la cual, mediante los aspectos que deben ser objeto de evaluación y los instrumentos previamente diseñados en la fase de identificación, se procede a la efectiva valoración de los empleados.
c) La gestión del rendimiento, consistente en la determinación de los efectos y las utilidades de los resultados obtenidos después de la medición efectuada.

En cualquier caso, consideramos que el término «proceso» define mejor la evaluación del desempeño que el término «procedimiento» que utiliza el TREBEP para su definición, de un alcance más reducido[4]. Es un «proceso», porque no sólo comprende los trámites y actos del propio procedimiento de medición de los resultados, sino que también comprende una fase previa de diseño y una posterior fase de conclusiones y gestión de resultados. En esta línea, Gorriti Bontigui (2012) considera la evaluación del desempeño como un «proceso» mediante el cual se mide y valora un comportamiento organizacional relevante, bajo el dominio del propio ejecutor.

De conformidad con los antecedentes expuestos, podemos afirmar que esta institución presenta una triple vertiente:

a) En primer lugar, constituye un importante mecanismo de control de la actividad de los empleados públicos, que mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de los resultados obtenidos, en los términos establecidos por el artículo 20.1 del TREBEP.
b) En segundo término, es también un elemento fundamental de motivación y mejora del rendimiento del empleado, que permite premiar a quien trabaja de forma adecuada, facilitando su progresión profesional en el marco de los sistemas de carrera profesional horizontal establecidos.
c) En tercer lugar, es una fuente de datos que proporciona información clave del funcionamiento de la organización, que debe servir de base para la toma de decisiones en materia de gestión de los recursos humanos.

Existe una necesaria conexión entre la carrera administrativa horizontal y la evaluación del desempeño. El legislador básico ha delimitado el ámbito que necesariamente ha de ser objeto de la evaluación del desempeño: la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados[5]. Este ámbito objetivo coincide, en parte, con algunos de los elementos que se establecen como determinantes para el progreso de los em-

[4] El diccionario de lengua española de la RAE define de esta manera ambos términos:
a) Proceso: Conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial (tercera acepción).
b) Procedimiento:
- Método de ejecutar algunas cosas (segunda acepción).
- Actuación por trámites judiciales o administrativos (tercera acepción).

[5] Artículo 20.1 del TREBEP.

pleados en la carrera administrativa horizontal[6]. No debería ser posible entender la carrera administrativa horizontal sin la evaluación del desempeño. Los resultados de la misma constituyen uno de los presupuestos necesarios para el acceso al grado, nivel o tramo superior de carrera.

El artículo 20 del TREBEP regula la evaluación del desempeño. Como en otros ámbitos, el legislador básico ha efectuado una regulación de mínimos, permitiendo a cada administración pública la configuración de sus propios sistemas de evaluación. No obstante, si ésta se integra como un elemento determinante de los sistemas de carrera horizontal, deberá tenerse en cuenta que el TREBEP reserva al legislador de desarrollo, estatal o autonómico, la facultad de regular la carrera administrativa horizontal[7].

De forma particular, se ha apuntado la necesidad de que los elementos básicos del modelo de evaluación del desempeño deben ser regulados por ley, al formar parte del contenido material del régimen estatutario de los funcionarios públicos del artículo 103.3 de la Constitución española[8]. Sobre esta cuestión, el Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público, grupo de trabajo de la evaluación del desempeño (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas – MHAP, 2013), enumera aquellos aspectos de la evaluación del desempeño cuya regulación debería hacerse necesariamente por ley:

a) La naturaleza jurídica del procedimiento de evaluación y su conexión con la carrera profesional, la provisión de puestos, el sistema retributivo y la formación.
b) La definición de los principios informadores del modelo.
c) La definición de las personas evaluadoras.
d) La determinación del objeto de la evaluación.
e) Los efectos y la revisión de la evaluación.

En términos generales, no compartimos las reflexiones del Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público (MHAP, 2013). Sin desconocer la reserva legal establecida por el artículo 17 del TREBEP, en lo referente a la evaluación del desempeño, el mismo artículo 20 TREBEP dispone que serán las administraciones públicas las que deberán establecer sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados. En esta línea, el legislador básico habilita en el concreto ámbito de la evaluación del desempeño, la posibilidad de que cada administración pública establezca sus propios sistemas[9], observando los siguientes requisitos mínimos:

a) El objeto de la evaluación, que estará constituido por la medición y valoración de la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados. Artículo 20.1 del TREBEP.
b) El respeto a los criterios de transparencia, objetividad y no discriminación, y la salvaguarda de los derechos de los empleados públicos. Artículo 20.2 del TREBEP.
c) La determinación de los efectos de la evaluación en la carrera administrativa horizontal. Artículo 20.3 del TREBEP.
d) La necesidad de aprobar previamente sistemas objetivos de evaluación. Artículo 20.5 del TREBEP.

En este marco, las entidades locales deberían poder establecer sus propios sistemas de evaluación que más se adapten a sus necesidades, respetando estos requisitos mínimos establecidos por el legislador básico. En el mismo orden de cosas, nos encontramos ante una materia que presenta una evidente complejidad técnica, de manera que el Reglamento se convierte en el instrumento jurídico por excelencia para regularla. Por este motivo, Arroyo (2012, p. 125) ha apuntado que existe una «reserva de administración», en la que el legislador básico atribuye en exclusiva a cada administración un espacio libre de decisión, que debe ser respetado por el legislador de desarrollo, que va más allá del reconocimiento de la potestad reglamentaria. En el caso de las administraciones locales, esta reserva adquiere una especial intensidad, por el principio de autonomía local constitucionalmente garantizado.

Cada entidad local, en atención a sus necesidades y a sus capacidades organizativas, debería poder determinar y desarrollar los siguientes aspectos esenciales de la evaluación del desempeño en el ámbito de la carrera administrativa horizontal:

---

[6] A nuestro juicio, la trayectoria y actuación profesional, así como la calidad de los trabajos realizados, son factores que pueden considerarse comprendidos en la conducta y el rendimiento profesional.

[7] El artículo 17 del TREBEP dispone que «las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios de carrera (…)».

[8] Linde Paniagua (2008, p. 188).

[9] En un mismo sentido se pronuncia Fuentetaja Pastor (2008, p. 174).

a) Los factores de evaluación, los indicadores, y su grado de incidencia en el resultado final de la valoración.
b) La identificación de los sujetos participantes en el proceso de evaluación, y las distintas funciones a realizar por cada uno de ellos.
c) El procedimiento de evaluación a seguir.
d) Los efectos de la evaluación del desempeño.

Sin embargo, en lo concerniente a este último aspecto, conectado directamente con la carrera profesional y los derechos de los empleados públicos[10], entendemos que sería aconsejable que el legislador de desarrollo estableciera unas mínimas previsiones al respecto, en aras a garantizar los derechos estatutarios de los empleados públicos, mediante una regulación mínima de inexcusable observancia por las entidades locales en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

2. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

La evaluación del desempeño, según el tenor literal del artículo 20 del TREBEP, debe aplicarse por igual a funcionarios públicos y al personal laboral. Debe considerarse acertada esta opción, ya que no tendría sentido excluir a algún colectivo del proceso de evaluación. No obstante, al incorporarse la evaluación del desempeño como una parte esencial de los sistemas de carrera administrativa horizontal, su aplicación vendrá determinada por el ámbito subjetivo de aplicación de la carrera horizontal.

Es necesario efectuar una precisión en el caso del personal laboral. De conformidad con el artículo 19.2 del TREBEP, la legislación laboral y los convenios colectivos podrán establecer los sistemas de carrera administrativa horizontal de aplicación para esta clase de empleados públicos, que pueden perfectamente ser distintos de los previstos para los funcionarios públicos. En consecuencia, cabría contemplar en el plano teórico una dualidad de sistemas para ambos colectivos[11]. A nuestro juicio, sería conveniente que los mecanismos de evaluación que se implanten sean homogéneos e iguales para el personal funcionario y laboral. Aplicar los mismos factores de evaluación, con la misma ponderación, siguiendo los mismos procedimientos de valoración, con iguales efectos y consecuencias, supone una deseable regulación unitaria, que permite conseguir el objetivo último que persiguen los sistemas: la mejora continua de las organizaciones y de los servicios públicos que prestan[12]. Esto no excluye que, en algunos ámbitos, para colectivos en concreto, o para determinados puestos de trabajo, se apliquen factores específicos en atención a la especialidad de las funciones que tienen atribuidas, ya que no pueden ser medidos en cuanto a su rendimiento con los mismos parámetros que el resto de empleados[13]. Es el caso, por ejemplo, del colectivo de la policía local.

En otro orden de cosas, la evaluación del desempeño se debe efectuar con independencia del vínculo temporal que una la administración con el empleado. No tiene sentido excluir de la misma al personal laboral no fijo ni a los funcionarios interinos, porque su actividad puede ser perfectamente evaluada en los mismos términos que los funcionarios de carrera o del personal laboral fijo[14]. Además, en el ámbito de la carrera administrativa horizontal en el que se inserta la evaluación del desempeño, es preciso recordar la existencia de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que proscriben la exclusión de los funcionarios interinos y del personal laboral no fijo del ámbito de aplicación de los sis-

[10] Ambas materias forman parte de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos en los términos establecidos por la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio de 1987 (recurso 763/1984), ECLI:ES:TC:1987:99. En cualquier caso, es el mismo legislador básico el que ha habilitado que sean directamente las administraciones públicas las que desarrollen estas previsiones.

[11] Sin embargo, en la práctica, es habitual que los sistemas de carrera profesional horizontal se apliquen a ambos, ya sea porque la misma norma reguladora lo prevea, o porque vía negociación colectiva se disponga esta aplicación. Es el caso, por ejemplo, del Reglamento regulador de la carrera profesional de la Diputación de Barcelona.

[12] En este mismo sentido se pronuncia Almeida (2010).

[13] Rastrollo (2018, p. 295).

[14] Sobre esta cuestión, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3822/2012 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 17 de mayo de 2012 (recurso 1693/2012), ECLI:ES:TSJCAT:2012:5712. En el fundamento jurídico tercero destaca que «no hay razón alguna por la que un interino con un contrato meramente temporal o ya indefinido no fijo no pueda desempeñar su puesto de trabajo en las condiciones de antigüedad y eficiencia contrastada que el pacto establece. Y que incluso pueda hacerlo en las mismas condiciones o en condiciones superiores que un trabajador fijo».

temas de carrera horizontal por considerar que el vínculo temporal no es una causa objetiva que pueda justificar la diferencia de trato[15].

Más dudas plantea la cuestión consistente en si el personal eventual debe poder ser evaluado en el marco de los sistemas de carrera administrativa horizontal. Entendemos que la respuesta debe ser negativa, porque por las funciones especiales de asesoramiento o de confianza que realiza, y por la misma temporalidad de su nombramiento (que cesa cuando finaliza el de la autoridad que le nombra), no tiene demasiado sentido que pueda tener acceso a un sistema de carrera administrativa que tiene como finalidad la promoción progresiva a lo largo de toda una carrera profesional. No obstante, a pesar de que no deba tener acceso a los sistemas de carrera horizontal, su desempeño debería ser objeto de evaluación al margen de estos sistemas. De esta manera, se establecerían unos mecanismos de control de la actividad que realiza, que ayudarían a mitigar el mal uso de la figura que se ha efectuado sobretodo en el ámbito local[16].

En la misma línea, el personal directivo profesional debe ser objeto de evaluación tal como establece el artículo 13.3 del TREBEP, si bien ésta ha de efectuarse fuera de los sistemas de carrera profesional horizontal. Su nombramiento tiene una naturaleza eminentemente temporal, al igual que el personal eventual, y termina cuando finaliza el mandato y cesa el presidente de la corporación que lo ha nombrado[17]. Esta temporalidad, unida a la especificidad de sus funciones, y a un régimen jurídico diferenciado que encuentra acomodo en el contrato laboral de alta dirección, hace inviable una carrera profesional horizontal como el resto de los empleados públicos.

Por último, es de interés preguntarnos sobre el carácter voluntario o no de la participación de los empleados públicos en los procesos de evaluación del desempeño. Sobre esta cuestión, el artículo 20 del TREBEP nada dice al respecto. La ubicación del precepto en el capítulo II del Título III del TREBEP, con el título “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”, podría llevarnos a pensar que la participación de los empleados es voluntaria, al encontrarnos en sede de reconocimiento y regulación de un derecho estatutario. Sin embargo, en la medida que la evaluación del desempeño se integra en los sistemas de carrera horizontal, esta voluntariedad vendrá determinada por lo que establezcan las leyes de desarrollo del Estatuto básico y por las normas o instrumentos reguladores de los sistemas de carrera horizontal[18]. Del mismo modo, si bien la participación de los empleados en los sistemas de carrera administrativa horizontal puede admitirse que sea voluntaria en función de lo que disponga la normativa de aplicación, una vez se materialice esta participación, la evaluación del desempeño debería operar de forma preceptiva, como instrumento esencial para evaluar el rendimiento, la actividad y la conducta profesional.

3. LOS PRINCIPIOS RECTORES Y LOS LÍMITES DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

El artículo 20.2 del TREBEP establece los criterios a los que deben adecuarse los sistemas de evaluación del desempeño. En realidad, aunque el legislador básico utilice el término «criterios», éstos no son más que la traslación en el ámbito de la evaluación del desempeño de algunos de los principios generales del derecho previstos en nuestro ordenamiento jurídico[19]. En concreto, el artículo 20.2 TREBEP recoge los siguientes criterios: transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación.

---

[15] Sentencia del Tribunal Supremo 3482/2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 29 de octubre de 2019 (recurso 2237/2017), ECLI:ES:TS:2019:3482; Sentencia del Tribunal Supremo 293/2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 6 de marzo de 2019 (recurso 2595/2017), ECLI:ES:TS:2019:745; Sentencia del Tribunal Supremo 402/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 8 de marzo de 2017 (recurso 93/2016), ECLI:ES:TS:2017:921.

[16] Con esta finalidad, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, ya limitó el abuso de esta figura incorporando un nuevo artículo a la LRBRL, el 104 bis, en el que se limitaba el número de empleados eventuales en función de la población.

[17] A pesar de todo, el artículo 306.5 del 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, permite al nuevo presidente o presidenta de la entidad local prorrogar el ejercicio de las funciones directivas por un nuevo mandato.

[18] En otros ámbitos, la evaluación del desempeño tiene siempre carácter preceptivo. Es el caso de la continuidad del empleado en un puesto de trabajo obtenido por concurso, que quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, de conformidad con el artículo 20.4 del TREBEP.

[19] Estos principios los podemos encontrar tipificados en los artículos 9.2, 9.3 y 103.1 de la CE, así como en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en adelante).

3.1. Transparencia

El concepto de transparencia va ligado al de publicidad, y es plenamente extrapolable a la evaluación del desempeño. La administración debe dar a conocer a sus empleados todos aquellos aspectos relativos a los sistemas implantados, de manera que los puedan conocer de forma previa al inicio efectivo de los procesos de evaluación. La transparencia, en el ámbito de la evaluación del desempeño, tiene como principales destinatarios a los mismos empleados públicos de la organización.

Es importante esta predeterminación que permita al empleado saber qué es lo que se espera de él, qué aspectos se van a valorar, cómo se valorarán, quién los valorará, y las consecuencias de esta valoración. Así mismo, se le deben dar a conocer los resultados finales de los procesos de evaluación, a los efectos que sepa cuáles son los puntos fuertes y débiles de su desempeño. Este acceso es fundamental, porque constituye un estímulo a la mejora continua, a la vez que le permite conocer los elementos que integran la motivación de la decisión administrativa, en orden a la posible interposición de los recursos judiciales o administrativos que procedan contra la misma.

En esta línea, y de forma acertada, a la vista que se deben hacer públicos una multiplicidad de factores, Cortés (2009, p. 41) señala que, en puridad, debe hablarse de varias «transparencias»:

a) Transparencia en la actuación de los actores participantes en el proceso.
b) Transparencia en los contenidos, conociéndose de antemano las unidades de medida del rendimiento y de los descriptores conductuales que valorarán el desempeño.
c) Transparencia en el proceso: cómo se va a desarrollar, cuál será el procedimiento, quién evaluará, cuándo se evaluará, con qué frecuencia, qué sistemas de apelación existirán en caso de desacuerdo, cómo se garantizarán los derechos de los empleados y de los evaluadores.
d) Transparencia en los resultados. Es necesaria la publicación de los mismos, en los términos que señala el documento “Modelo de Evaluación del Desempeño en el marco de la planificación de objetivos y estratégica en las administraciones públicas”, resultado de los trabajos de la Comisión de expertos sobre evaluación del desempeño (MHAP, 2015). Deberían publicarse los resultados estadísticos globales anonimizados, correspondientes a la aplicación del modelo en cada periodo de evaluación, como mecanismo que refuerce el grado de aceptación del sistema.
e) Transparencia en los efectos que tendrá la evaluación en la carrera profesional.

De esta manera, con la publicidad de dichos elementos, se pretende que el empleado confíe en el sistema que se implante, que lo perciba como claro y exento de cualquier ápice de opacidad.

3.2. Objetividad e imparcialidad

En primer lugar, es de interés efectuar las precisiones terminológicas de ambos conceptos. En relación a la definición de «objetividad», el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua señala que es una cualidad de «objetivo». Y por «objetivo», de las distintas acepciones que comprende, en lo que aquí atañe, ha de entenderse como desinteresado, desapasionado. Por el contrario, define el término «imparcialidad» como la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud.

García (2011, p. 36) entiende por objetividad la fidelidad de la administración y del funcionario a la voluntad de la norma con independencia del propio querer. El autor considera que dicho principio opera en la órbita del principio de legalidad definiendo el modo en el que la administración se vincula con la ley, imponiendo al funcionario un deber de aplicar en exclusiva la norma de acuerdo con la voluntad de la misma. Por el contrario, González Pérez y González Navarro (2007, p. 303) definen la objetividad como la ausencia de pasión, un contacto con la realidad de forma aséptica, sin enamorarse de ella, ni odiarla. Equiparan objetividad con imparcialidad y neutralidad.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha definido el principio de objetividad como un equivalente a la imparcialidad o neutralidad de la actividad administrativa, en virtud del cual cualquier actividad ha de desarrollarse según pautas estereotipadas y no con criterios subjetivos[20]. En la mis-

[20] Sentencia del Tribunal Supremo 771/1987 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 4 de julio de 1987, ECLI:ES:TS:1987:11517, y Sentencia del Tribunal Supremo 537/1988 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 19 de mayo de 1988, ECLI:ES:TS:1988:3768.

ma línea, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 77/1985, de 27 de junio de 1985 (recurso 180/1984), ECLI:ES:TC:1985:77, equipara el principio de neutralidad con el de objetividad.

El principio de objetividad ha de inspirar el diseño y la configuración de los sistemas de evaluación del desempeño y carrera horizontal. Podemos observar dos grandes aspectos en los que incide de forma especialmente intensa este principio:

a) La necesidad de establecer un procedimiento administrativo a través del cual se canalicen todos aquellos actos determinantes de la evaluación del desempeño en el marco de la carrera administrativa horizontal.

El procedimiento constituye una garantía para los propios interesados, que ven como la administración debe ceñirse a unas reglas procesales previamente establecidas, sin que pueda apartarse de ellas[21]. Las distintas normas reguladoras de los sistemas de carrera administrativa horizontal deberán regular los aspectos esenciales de carácter procedimental de la evaluación: trámites, plazos, sujetos y órganos que intervienen en el proceso, así como los mecanismos de impugnación de las decisiones de los mismos.

b) La determinación de los factores de evaluación no puede obedecer a criterios arbitrarios. La norma reguladora deberá prever los mecanismos y las reglas que rigen la aplicación de los mismos, así como la incidencia de cada factor en la evaluación global del empleado. Además, estos criterios de evaluación deben permitir la obtención de unos resultados técnicamente aceptables y rigurosos, de manera que deben cumplir unos estándares de calidad y fiabilidad desde el punto de vista académico.

El principio de imparcialidad, aunque esté directamente relacionado con el principio de objetividad, juega su papel más importante como criterio orientador de la actuación de los sujetos evaluadores, ya sea a título individual o bien como miembros de los órganos colegiados de evaluación. En virtud de este principio, los sujetos evaluadores deben limitarse en aplicar los criterios de valoración predeterminados, observando las reglas previstas en las normas reguladoras para cada criterio. De esta manera, se garantiza que la evaluación no sea parcial o intencionada, con la finalidad de favorecer o perjudicar a un determinado candidato.

A pesar de todo, no se puede negar que la evaluación del desempeño presenta en si misma una naturaleza subjetiva, resultando una tarea complicada objetivar absolutamente el concepto que cada persona evaluadora tiene de determinados términos[22]. Esta dificultad crece cuando nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados, habituales en los procesos de evaluación. Asimismo, la valoración de conductas y comportamientos, a diferencia de la valoración de resultados, tiene una naturaleza eminentemente subjetiva.

En el proceso de evaluación, con la finalidad de garantizar la imparcialidad de la actuación administrativa, deberán observarse las causas de abstención estipuladas en el artículo 23.2 de la LRJSP. De la misma manera, el artículo 24 de la LRJSP establece un procedimiento sumario e incidental a favor de los interesados, para que puedan recusar al personal y a las autoridades al servicio de las administraciones públicas en cualquier momento de la tramitación del procedimiento cuando consideren que concurren las causas de abstención legalmente establecidas[23]. La inobservancia de los motivos de abstención por parte de los sujetos evaluadores no implicará, necesariamente y en todo caso, la invalidez de los actos en los que hayan intervenido de conformidad con el artículo 23.4 de la LRJSP[24]. En cualquier caso, el incumplimiento del deber de abstención conllevará responsabilidad disciplinaria[25].

---

[21] En el ámbito sanitario, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 583/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 3 de julio de 2009 (recurso 126/2007), ECLI:ES:TSJCAT:2009:8324.

[22] Es imposible objetivar absolutamente, por ejemplo, el concepto que cada persona tiene de conceptos como «bastante adecuado», «suficientemente adecuado», «poco adecuado» o «muy adecuado» y si los comportamientos que merecen estos juicios se producen «frecuentemente», «ocasionalmente», «a menudo» o «muy a menudo». (Noguer, 2008).

[23] Como ha señalado el propio Tribunal Constitucional en el Auto 383/1982, de 1 de diciembre de 1982 (recurso 364/1982), ECLI:ES:TC:1982:383A, la abstención y la recusación sirven al objetivo de asegurar la imparcialidad y, en definitiva, la legalidad de la actuación administrativa.

[24] La jurisprudencia requiere que la violación del deber de abstención tenga una trascendencia substancial para que constituya causa de invalidez: Sentencia del Tribunal Supremo 799/1990 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 4 de mayo de 1990, ECLI:ES:TS:1990:12369; Sentencia del Tribunal Supremo 314/1992 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 31 de enero de 1992, ECLI:ES:TS:1992:673; Sentencia del Tribunal Supremo 3833/1994 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 18 de mayo de 1994 (recurso 4973/1990), ECLI:ES:TS:1994:3833.

[25] El artículo 116 h) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, tipifica como falta grave la intervención en un pro-

De forma particular, y para salvaguardar los principios de objetividad e imparcialidad, se deberían aplicar a los sujetos evaluadores los mismos criterios que el artículo 60 del TREBEP prevé para la composición de los tribunales de selección. No obstante, en el ámbito local, el requisito de la colegialidad no debería tener carácter preceptivo, porque la creación de estos órganos en aquellos municipios de reducidas dimensiones es una tarea complicada. Ya en su momento, el Informe de la Comisión de expertos para el estudio y aplicación del EBEP (INAP, 2005), con una excelente radiografía de la situación existente, indicó la necesidad de la tecnificación y profesionalidad de los miembros integrantes de los órganos de selección. Al igual que en los órganos de selección, la profesionalidad de los sujetos evaluadores debería ser un requisito imprescindible para participar en el proceso de evaluación, con exclusión de representantes sindicales, y como no puede ser de otra manera, de los representantes políticos.

3.3. No discriminación

Como es conocido, el artículo 14 de la Constitución española reconoce el principio de igualdad, y la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Este derecho también se traslada en el ámbito de las relaciones laborales y estatutarias desde el mismo momento en que el empleado accede a la administración pública, y en lo que aquí interesa, en los sistemas de carrera administrativa horizontal y evaluación del desempeño[26]. Para salvaguardar la observación de este principio, el legislador básico ha contemplado como infracción disciplinaria de carácter muy grave en el artículo 95.2 b) del TREBEP, la realización de actuaciones discriminatorias en estos ámbitos.

La proyección de este principio en la evaluación del desempeño supone la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el acceso a los procesos de evaluación, así como en el desarrollo de los mismos. Son válidas las mismas afirmaciones efectuadas para el principio de transparencia, en el sentido que el principio de no discriminación debe estar omnipresente en todas las fases del proceso.

En virtud de este principio, no se puede excluir al personal laboral no fijo ni a los funcionarios interinos del acceso a la carrera profesional horizontal, ni de los procesos de evaluación del desempeño. Igualmente, en aplicación del artículo 23.2 de la CE, los factores que se establezcan para la evaluación del desempeño, no pueden fijarse en términos concretos y singulares, con la finalidad de favorecer a un determinado candidato o grupo de candidatos[27]. A pesar de todo, entendemos que los riesgos que puedan existir en las convocatorias de selección de personal, disminuyen exponencialmente en los sistemas de evaluación del desempeño. Si bien los méritos de un procedimiento selectivo se fijan de forma concreta en las bases específicas reguladoras para aquel proceso determinado, los factores o criterios para la evaluación del desempeño se establecen en las normas o instrumentos reguladores de los sistemas de carrera profesional horizontal, que tienen por naturaleza una vocación generalista.

4. EL SUJETO O SUJETOS EVALUADORES

El personal evaluador es aquel que, aplicando los criterios y factores previamente establecidos, evalúa la conducta, el rendimiento y el logro de resultados de los empleados, de conformidad con las normas o instrumentos reguladores de los sistemas de carrera administrativa horizontal. En la evaluación del desempeño, los sujetos evaluadores tienen un papel fundamental, como uno de los protagonistas principales del proceso.

Sobre quién o quiénes han de efectuar esta evaluación, el TREBEP guarda silencio. Esta falta de determinación faculta al legislador de desarrollo para configurar con absoluta libertad esta cuestión. A

---

cedimiento administrativo cuando existan motivos de abstención legalmente establecidos.

[26] El artículo 14 i) del TREBEP reconoce como derecho individual de los empleados públicos, el derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

De forma concreta, en lo relativo a la interdicción de la desigualdad de género, la disposición adicional séptima del TREBEP obliga a las distintas administraciones públicas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, imponiendo la necesidad de elaborar un plan de igualdad.

[27] Constituyen un claro referente los criterios jurisprudenciales que prohíben la fijación «*ad hoc*» de los méritos y capacidades en los procedimientos selectivos. Al respecto, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1991, de 14 de febrero de 1991 (recursos acumulados 1359-1986/1991 y 2265-1989/1991), ECLI:ES:TC:1991:27.

grandes rasgos, y desde el punto de vista organizativo, la evaluación puede efectuarse por órganos individuales o colegiados. La opción por un modelo u otro depende de diferentes factores, entre ellos, las capacidades técnicas y de recursos humanos de cada administración. Tampoco se puede desconocer que es perfectamente posible la combinación de ambos modelos, en el sentido que en el proceso de evaluación se integren valoraciones efectuadas por sujetos individuales, con evaluaciones efectuadas por órganos colegiados.

En aquellas administraciones de tamaño reducido, como son la mayoría de nuestras administraciones locales, a la vista que es más complicada la creación de estos órganos colegiados, el sujeto evaluador seguramente no quede más remedio que sea el superior jerárquico. El problema que plantea esta opción, a nuestro juicio, es que la imparcialidad pueda en ocasiones verse comprometida. Si bien es cierto que el superior jerárquico es el que más conoce en el seno de la organización el rendimiento, las actitudes y aptitudes del empleado, así como las funciones y objetivos asignados al puesto de trabajo, no es menos cierto que la relación de servicio y de dependencia, puede nublar este proceso de valoración. Por este motivo, si se opta por esta fórmula, deben introducirse elementos que limiten los sesgos que puedan producirse en el proceso de evaluación.

Cortés (2009, p. 18) ha destacado los siguientes sesgos más comunes que pueden existir:

a) Sesgo por «el efecto de halo». Es la tendencia del evaluador a valorar positiva o negativamente a un trabajador en base a una sola característica del mismo.
b) Sesgo por efecto «born». Es la tendencia a valorar de forma negativa a un trabajador porque hay una característica negativa del mismo.
c) Sesgo por «el efecto de halo sucesivo». Es la tendencia del evaluador a valorar de forma irreal, positiva o negativamente, a un sujeto por el hecho de que las demás personas de su entorno que son valoradas antes o después de él, son mediocres, competentes o incompetentes.
d) Insuficiente conocimiento de los evaluados.
e) Sesgo por el «efecto recencia». Consiste en olvidar la ejecución del desempeño pasada, de manera que el evaluador se centra sólo en la reciente.
f) Sesgo de «tendencia». En las evaluaciones basadas en escalas de valoración, se produce cuando los evaluadores puntúan sistemáticamente hacia valores medios para evitar conflictos, o bien tienden a atorgar puntuaciones extremas, ya sea muy altas o muy bajas.
g) Evaluación política. Es un error consciente, a diferencia de los anteriores, en el que la valoración no se relaciona con la actuación real del evaluado, sino por los intereses particulares del evaluador.
h) Sesgos producidos por las características personales del evaluador y/o del evaluado.

El Informe de Conclusiones del grupo de trabajo sobre la evaluación del desempeño de la Comisión de Coordinación del Empleo Público (MHAP, 2013), aconseja que la evaluación la efectúe el superior jerárquico, ya que es quien mejor conoce las tareas de cada puesto y realiza ordinariamente el seguimiento del trabajo realizado por el evaluado. Como mecanismos que puedan mitigar o atenuar los posibles efectos adversos de la evaluación, el informe propone la incorporación de una autoevaluación en la que el propio empleado aporte su punto de vista respecto los objetivos y el desempeño efectuado. Realizada la evaluación por el superior jerárquico y la autoevaluación por el mismo empleado, podrá realizarse una entrevista donde evaluador y evaluado busquen un consenso entre los resultados obtenidos. Además, se propone la creación de una Unidad Técnica Especializada, con funciones de control de los procesos de evaluación, pero también con funciones de consultoría, asistencia técnica y de apoyo a los sujetos evaluadores[28].

En esta misma línea, el documento "Modelo de Evaluación del Desempeño en el marco de la planificación de objetivos y estratégica en las administraciones públicas", resultado de los trabajos de la Comisión de expertos sobre evaluación del desempeño (MHAP, 2015), plantea que el agente evaluador sea el órgano inmediatamente superior jerárquico del evaluado, al ser el que está técnicamente hablando, en las mejores condiciones para apreciar los aspectos evaluables que los indicadores cuantitativos no pueden expresar, e incluso, para matizar el resultado de éstos cuando sea necesario.

Para mitigar el riesgo de arbitrariedad y de cualquier pretensión de favorecer o perjudicar al evaluado, el modelo efectúa las siguientes propuestas:

[28] La creación de estas unidades técnicas será difícil en aquellos municipios de pequeñas dimensiones, a no ser que las Diputaciones provinciales u otras instituciones como pueden ser las escuelas de formación de las administraciones públicas, presten su colaboración y auxilio.

a) La incorporación en el proceso de evaluación de una declaración del superior jerárquico, en el sentido que no concurra ninguna causa de abstención legalmente prevista.

b) El establecimiento de un sistema de doble firma, de manera que el superior jerárquico del evaluador valida la valoración[29].

c) La determinación previa del número máximo de puntos que cada evaluador pueda distribuir entre el conjunto de personas bajo su dependencia, de forma que no todas puedan obtener el máximo absoluto establecido, evitando de esta manera las recompensas por igual a todos los evaluados, así como su sobrevaloración.

A nuestro juicio, uno de los elementos más importantes para reducir el riesgo de distorsiones en las evaluaciones es la formación de los evaluadores[30]. La evaluación del desempeño es una cuestión relativamente novedosa en la mayoría de nuestras entidades locales, de manera que es preceptivo dotar a los evaluadores de la información necesaria para que puedan efectuar una valoración con todas las garantías. Además del conocimiento que se presupone que deben tener en relación al puesto de trabajo que evalúan, las funciones y objetivos asignados, así como las competencias necesarias para su desarrollo, deberán conocer de forma detallada las normas, principios, factores y técnicas del proceso de evaluación. La formación deberá incidir de forma intensa en estos últimos aspectos, porque la mayoría de evaluadores no tienen experiencia previa en este ámbito, ni están familiarizados con los procesos e instrumentos de evaluación. Sin esta información, el proceso está destinado al fracaso.

Sobre la posibilidad que sea el superior jerárquico el agente evaluador, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 917/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 14 de septiembre de 2012 (recurso 1457/2001), ECLI:ES:TSJAS:2012:3366; se ha pronunciado de forma favorable, en el sentido que esta forma de evaluación, por si misma, no puede presuponerse que sea contraria a los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia, sino que será al tiempo en que se practique, cuando se podrá determinar si se actuó de forma discrecional o arbitraria[31]. Compartimos plenamente este posicionamiento. A priori, sin perjuicio que este modelo pueda tener imperfecciones como hemos puesto de manifiesto, no puede afirmarse que por si mismo sea arbitrario.

Algunos sistemas superan el tradicional papel del superior jerárquico como un simple controlador, y le otorgan funciones de acompañamiento, ayuda y tutela al empleado en el proceso de desarrollo profesional[32]. Un ejemplo claro de este nuevo rol lo constituyen las entrevistas entre evaluador/evaluado, como un instrumento que permite explicar y motivar la evaluación efectuada, así como trasladar al empleado los puntos fuertes y débiles de la misma, con la finalidad que pueda mejorar su desempeño futuro.

En aquellas entidades locales con más recursos personales y materiales, parece conveniente que la función de evaluación se atribuya a órganos técnicos especializados, que gocen de independencia y autonomía en el proceso de toma de decisiones. La composición de estos órganos de evaluación debería ser exclusivamente técnica, al estilo de los tribunales de selección de personal, con expresa exclusión del personal de elección o designación política, personal eventual y representantes sindicales[33]. La profesionalidad de los miembros

---

[29] Esta previsión es incorporada por el Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias. El superior jerárquico del evaluador es quien da conformidad a las valoraciones realizadas, y asegura su coherencia dentro de su área de responsabilidad.

La legalidad de esta validación ha sido ratificada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 825/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 17 de julio de 2021 (recurso 1267/2011), ECLI:ES:TSJAS:2012:3081, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo 661/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 19 de febrero de 2014 (recurso 3518/2012), ECLI:ES:TS:2014:661.

[30] En la misma línea se pronuncia Padilla (2017, p. 313).

[31] Confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo 1651/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 18 de marzo de 2014 (recurso 3749/2012), ECLI:ES:TS:2014:1651.

[32] Es el caso del Ayuntamiento de Manlleu. Puede consultarse una explicación del sistema implantado de gestión por competencias en Guzmán y Noguer (2007).

[33] Debe admitirse la participación de funcionarios nombrados por libre designación, en los términos señalados por la Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 30 de septiembre de 2021 (recurso 8223/2019), ECLI:ES:TS:2021:3620, FJ 3:

> «No está de más discernir entre la confianza política en la designación de órganos directivos y la confianza que inspira la libre designación mediante convocatoria, como forma que es de provisión de puestos de trabajo. La primera podrá inspirarse prioritariamente en la afinidad política con los titulares de los órganos superiores, sin obviar la capacidad profesional del nombrado; en la segunda el peso de la designación está en la confianza en la idoneidad, capacidad o valía profesional que tiene quien designa en el designado, lo que aprecia libremente, juicio que pondera las cualidades del candidato como funcionario de carrera».

debería ser un requisito imperativo, de inexcusable observancia, para poder formar parte de los mismos. Sería interesante poder integrar miembros de otras administraciones públicas o bien representantes de las escuelas de administración pública, en aras a garantizar un nivel más alto de independencia e imparcialidad, siempre que su intervención no requiera un conocimiento profundo del nivel organizativo y funcional de la organización.

Por otro lado, Jiménez y Castillo (2009, p. 46) apuntan la posibilidad de crear órganos independientes de evaluación, de carácter técnico y de ámbito autonómico, que tengan como finalidad la evaluación de los empleados públicos, al menos en aquellos factores en los que existan indicadores que se puedan medir objetivamente. A pesar de todo, vemos más factible la opción de integrar personal externo en los órganos evaluadores, ya sean miembros de otras administraciones públicas o bien representantes de las escuelas de administración pública, por la dilatada experiencia que tiene este personal en la participación en procesos selectivos[34]. Sin embargo, es preciso advertir que los conocimientos técnicos requeridos para formar parte de estos órganos son absolutamente diferentes a los exigidos para formar parte de los tribunales de selección, debido a las distintas misiones que tienen encomendadas[35].

De todos modos, y siempre que a nivel organizativo sea plausible, lo más recomendable es implantar un sistema de evaluación de 360 grados. Este sistema permite, además de efectuar una valoración de las competencias y de la conducta del empleado público de manera global, que ésta se realice por parte de distintos actores, y desde varias perspectivas. De esta forma, se asegura que la valoración final sea la más objetiva y acertada posible, reduciendo el riesgo de desviaciones. En cualquier caso, para la implementación del sistema, es imprescindible la formación de los evaluadores en orden al conocimiento de los factores y de los instrumentos de evaluación.

De conformidad con este método, desde el punto de vista de los agentes evaluadores, se produce una triple intervención:

a) Por un lado, del mismo empleado público, que se evalúa a si mismo mediante una autoevaluación. La autoevaluación permite conocer el grado de correspondencia entre su percepción, y la del resto de personas que le han evaluado. Evidentemente, está evaluación será parcial, por lo que algún sistema de evaluación si bien la establece como preceptiva, no la computa a los efectos de la puntuación o valoración final[36]. Otros sistemas la contemplan con carácter voluntario, no obligatorio[37].

b) En segundo término, se efectúa una evaluación por el personal subordinado, en el caso de que el empleado evaluado tenga personal a su cargo. Si no lo tiene, esta segunda evaluación se puede realizar por otros empleados de la misma o de diferentes unidades, que tengan una interrelación laboral con él.

c) Por último, se contempla una evaluación a cargo del superior jerárquico.

4.1. El régimen de control de las decisiones de los sujetos evaluadores

4.1.1. *Aspectos procesales*

Es necesario que las decisiones en materia de evaluación del desempeño sean susceptibles de control administrativo y judicial. El Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (INAP, 2005), ya advertía de un posible aumento de la litigiosidad derivada de los procesos de evaluación, que hacía necesaria la creación de órganos administrativos especializados en orden a la resolución de las reclamaciones planteadas. Estos órganos administrativos, al igual que las comisiones de evaluación, deberían ser órganos exclusivamente técnicos, formados por profesionales acreditados, independientes e imparciales.

---

[34] De forma preceptiva, el artículo 72 del RPSEL sobre la composición de los tribunales de selección, contempla que un tercio de sus miembros deben pertenecer a la misma corporación; otro tercio, estará conformado por personal técnico que puede ser o no de la misma entidad local; por último, un tercio integrado por representantes de la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

[35] Los órganos de evaluación analizan el desempeño de los empleados, en orden a permitir su ascenso en los distintos niveles de la carrera profesional horizontal, en un contexto de ausencia de competitividad. Por el contrario, los órganos de selección tienen como finalidad la elección del candidato más idóneo para ocupar un determinado puesto de trabajo, en régimen de concurrencia competitiva.

[36] Es el caso del sistema de evaluación de competencias profesionales del personal funcionario y laboral de servicios generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, aprobado mediante el acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de noviembre de 2017 (BOIB núm. 141, de 18 de noviembre de 2017).

[37] Así lo hace el sistema de evaluación establecido por el Ayuntamiento de San Adrià del Besós (BOPB núm. 311, de 29 de diciembre de 2009).

A nivel local, excepto en aquellos municipios de gran población, vemos difícil integrar estos órganos en la estructura municipal. Por razones de economía y eficacia, Almeida (2010, p. 153) señala que podrían crearse, como en la contratación administrativa, órganos con competencias de resolución de las reclamaciones interpuestas en materia de evaluación del desempeño de las distintas administraciones públicas en el ámbito territorial de la comunidad autónoma. En la misma línea, el Llibre blanc de la función pública catalana (Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2005), proponía la creación de organismos administrativos externos especializados, con la finalidad de resolver los recursos o reclamaciones administrativas interpuestas con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales[38].

En el caso que no se creen estos órganos especializados, que seguramente será el escenario más habitual, las decisiones de las comisiones de evaluación o de los sujetos evaluadores, deberían ser recurribles en alzada ante el órgano competente para resolver las solicitudes en materia de reconocimiento de grado, como sucede con las decisiones de los tribunales de selección de personal[39].

4.1.2. *Aspectos sustantivos. El control de la discrecionalidad técnica de los sujetos y órganos evaluadores*

En el proceso de evaluación, hay determinados ámbitos en los que la valoración de los empleados se efectúa mediante indicadores de carácter cuantitativo o numérico. En estos casos, la intervención del sujeto u órgano de evaluación, debería ceñirse exclusivamente en aplicar los datos cuantitativos obtenidos y aplicarlos conforme la norma o las bases de la convocatoria estipulen. Por el contrario, en la evaluación de otros factores, los sujetos evaluadores tienen un amplio margen de decisión, cuestión que plantea cómo puede fiscalizarse su actuación desde el punto de vista material. Una vía sería mediante la aplicación, con ciertos matices, de la jurisprudencia relativa al control de la discrecionalidad técnica de las decisiones de los órganos de selección[40].

En esta materia, la jurisprudencia ha ido modulando la configuración inicial del principio, reduciendo considerablemente el ámbito exento de control jurisdiccional[41]. El Tribunal Constitucional ha destacado que el acto administrativo de calificación puede ser objeto de control jurisdiccional, si bien con los límites derivados del reconocimiento de una «presunción de razonabilidad» o «de certeza» de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar tal calificación. Esta presunción es «*iuris tantum*», de manera que admite prueba en contrario, y puede ser destruida si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume del órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado[42].

---

[38] Esta propuesta, no obstante, se hacía no sólo en el ámbito de la evaluación del desempeño, sino en el resto de ámbitos de la gestión del personal (selección, provisión, carrera administrativa…).

[39] El artículo 80.4 del RPSEL establece que la puntuación final de las pruebas selectivas y la lista de aprobados deberá publicarse en el tablón de anuncios de la entidad local y contra su resultado se podrá interponer recurso ordinario ante el presidente de la entidad local en el plazo y con los efectos de los artículos 114 al 117 de la LRJAPAC. La referencia al recurso ordinario debe entenderse al actual recurso de alzada.

[40] En virtud del principio de discrecionalidad técnica, la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 16 de mayo de 1983 (recurso 208/1980), ECLI:ES:TC:1983:39, FJ4, señala que hay «cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico».

Es de interés destacar que alguna ley autonómica ha incorporado este principio en el marco de la evaluación del desempeño. El artículo 66.3 de la ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla la Mancha dispone que «los sistemas de evaluación del desempeño deben adecuarse, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, sin perjuicio de la discrecionalidad técnica de la evaluación, y aplicarse sin menoscabo de los derechos del personal funcionario».

[41] Fernández (2015, pp. 211-227) efectúa un excelente análisis de la evolución jurisprudencial en esta materia. Se muestra crítico con esta configuración conceptual, sosteniendo que en realidad no se trata de una *discrecionalidad técnica*, sino simplemente de valoraciones técnicas, que al igual que en otras disciplinas de carácter técnico, pueden ser perfectamente enjuiciables con las reglas de la sana crítica por los tribunales de justicia.

[42] Sentencia del Tribunal Constitucional 353/1993, de 29 de noviembre de 1993 (recurso 284/1991), ECLI:ES:TC:1993:353, y Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1991, de 17 de diciembre de 1991 (recurso 1370-1988), ECLI:ES:TC:1991:215. En la misma línea se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo 126/2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 18 de enero de 2010 (recurso 4204/2006), ECLI:ES:TS:2010:126, y la Sentencia del Tribunal Supremo 5480/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 20 de julio de 2007 (recurso 9184/2004), ECLI:ES:TS:2007:5480.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 219/2004, de 29 de noviembre de 2004 (recurso 2773/2000), ECLI:ES:TC:2004:219, ha entendido que entra dentro del ámbito del control jurisdiccional, la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria, o de si una fórmula empleada para la corrección de determinados ejercicios de un proceso selectivo ha sido aplicada correctamente. Así mismo, el Tribunal Supremo también ha admitido la posibilidad de control judicial sobre los eventuales errores matemáticos o aritméticos que puedan existir en la valoración de los méritos de los candidatos[43].

No forman parte del núcleo material del juicio técnico y, en consecuencia, son susceptibles de control jurisdiccional, en los términos que destaca Mauri (2018):

a) La interpretación y aplicación de las bases que rigen la convocatoria de un proceso selectivo. Sentencia del Tribunal Supremo 3268/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 3 de julio de 2014 (recurso 2504/2013), ECLI:ES:TS:2014:3268.

b) La comprobación de si la valoración de los méritos se ha efectuado conforme determinan las bases. Sentencia del Tribunal Supremo 6212/2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 11 de diciembre de 2013 (recurso 833/2012), ECLI:ES:TS:2013:6212; Sentencia del Tribunal Supremo 1512/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 25 de marzo de 2014 (recurso 362/2013), ECLI:ES:TS:2014:1512; Sentencia del Tribunal Supremo 2934/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 10 de junio de 2015 (recurso 1263/2015), ECLI:ES:TS:2015:2934.

c) La existencia y correcta realización de aquellas operaciones materiales tendentes al planteamiento y fijación de las condiciones de confección, formato y realización de una prueba o ejercicio, y las de determinación de los medios auxiliares que se pueden utilizar para su resolución. Sentencia del Tribunal Supremo 3642/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 23 de abril de 2012 (recurso 3701/2010), ECLI:ES:TS:2012:3642.

d) La actuación del órgano calificador orientada a la fijación de los criterios de valoración o corrección. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 7796/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 30 de junio de 2017 (recurso 28/2016), ECLI:ES:TSJM:2017:7796.

Pues bien, siguiendo esta doctrina jurisprudencial, pueden ser igualmente objeto de control jurisdiccional las decisiones de los órganos que evalúan el desempeño de los empleados públicos en el marco de los sistemas de carrera administrativa horizontal. A pesar de todo, la aplicación de esta doctrina deberá ser modulada en algunos casos, en atención a la distinta naturaleza de estos órganos[44]. El juicio técnico es fundamental en los procesos selectivos, donde se valoran las capacidades y aptitudes de los candidatos mediante la resolución de pruebas, ya sean teóricas o prácticas, en las que deberán demostrar los conocimientos adquiridos. Por consiguiente, la valoración de estas pruebas de conocimientos, deberá ser forzosamente técnica. Al contrario, los sistemas de evaluación del desempeño no contemplan generalmente la realización de pruebas de conocimientos[45], ni existe concurrencia competitiva entre los interesados, por lo que no se precisa un juicio técnico con la intensidad exigida en los procesos selectivos.

Una parte de la labor de los sujetos evaluadores es similar a la realizada por los órganos de selección en la valoración de los méritos en la fase de concurso, donde el ámbito reglado de la actuación es más amplio que en la fase de oposición. En este sentido, hay algunos pronunciamientos jurisprudenciales que excluyen del ámbito de la discrecionalidad técnica muchos aspectos referentes al proceso de valoración de los méritos establecidos en las bases reguladoras, ya sean correspondientes a la experiencia profesional[46], o a la

---

[43] Sentencia del Tribunal Supremo 723/2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 17 de febrero de 2010 (recurso 1212/2008), ECLI:ES:TS:2010:723 y Sentencia del Tribunal Supremo 1801/2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 8 de marzo de 2010 (recurso 4194/2008), ECLI:ES:TS:2010:1801.

[44] No se puede desconocer que los órganos responsables de la evaluación del desempeño también realizan entrevistas, valoran méritos y otorgan puntuaciones, si bien en un espacio donde no existe concurrencia competitiva, y con la finalidad de evaluar a los candidatos en orden a determinar el posible ascenso de grado o nivel de carrera profesional.

[45] Sin embargo, existen excepciones. La carrera de grado de la Diputación de Barcelona, en algunos supuestos, contempla el desarrollo y resolución de un caso práctico en materia de competencias profesionales, si bien con carácter voluntario.

[46] La consideración si los servicios prestados en otras Administraciones Públicas deben ser valorados como equivalentes a los que se deben prestar en el cuerpo que se aspira, es una actividad que puede ser objeto de control jurisdiccional, tal como indica el Auto del Tribunal Supremo 8878/2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 15 de septiembre de 2016 (recurso 503/2016), ECLI:ES:TS:2016:8878A.

En un mismo sentido, determinar si el contenido de los puestos de trabajo desempeñados es o no equivalente a los propios del cuerpo al que se pretende acceder, al ser una operación estrictamente jurídica que no requiere de conocimientos técnicos especializa-

formación[47]. La valoración de méritos no es ajena a la evaluación del desempeño en el marco de la carrera administrativa horizontal, ya que la experiencia profesional y la formación, son elementos cuasi omnipresentes en los sistemas de carrera implementados.

A modo de resumen, a nuestro juicio, pueden ser objeto de control los siguientes elementos relativos a las decisiones que adopten los sujetos evaluadores del desempeño:

a) Los elementos reglados del ejercicio de las potestades discrecionales: la competencia del órgano administrativo, el procedimiento seguido, los hechos determinantes, la adecuación al fin perseguido y el respeto a los principios generales del derecho y a los criterios específicos de los sistemas de evaluación (transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación).

b) La motivación de las mismas, de conformidad con el artículo 35.1 i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Es preceptivo que los sujetos evaluadores exterioricen las razones por las que han adoptado una determinada calificación o decisión, especialmente si tiene carácter desfavorable.

c) La correcta aplicación, en el caso concreto, de las normas reguladoras de la carrera administrativa horizontal, la evaluación del desempeño y las bases que rigen la convocatoria. Para ello, los tribunales pueden efectuar una labor interpretativa de la normativa de aplicación.

De forma particular, y sin ánimo ser exhaustivos, deberían verificar si los méritos alegados pueden ser valorados y en qué medida, la existencia de errores matemáticos o aritméticos en esta evaluación, si se han evaluado los factores predeterminados y en qué grado, o la correcta aplicación de las fórmulas previstas para la evaluación.

En cualquier caso, las decisiones de los órganos evaluadores pueden ser objeto de control, administrativo y jurisdiccional, como cualquier otra decisión de carácter técnico, susceptible de ser desvirtuada mediante una actividad probatoria suficiente.

5. LAS FASES DE IMPLANTACIÓN DE LOS SISTEMAS DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

En realidad, no podemos hablar de un único proceso de evaluación del desempeño, sino de distintos procesos, porque cada administración pública establecerá su propio sistema, de acuerdo con los criterios mínimos fijados por el legislador básico en el artículo 20 del TREBEP y los que establezca el legislador de desarrollo. Esta heterogeneidad se reflejará con especial incidencia en la esfera local, por el gran número de entidades locales existentes y sus distintas peculiaridades organizativas. En cualquier caso, al ser una cuestión que presenta una notable complejidad, la implantación de la evaluación del desempeño y de la carrera horizontal no puede ser inmediata[48].

Así mismo, como todo proceso, está conformado por distintas fases, todas ellas de vital importancia para asegurar su buen funcionamiento y conseguir una implantación con garantías de éxito. En líneas generales, podríamos destacar cuatro grandes fases que deberían observarse:

---

dos, debe ser objeto de fiscalización. Sentencia del Tribunal Supremo 4226/2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 27 de septiembre de 2016 (recurso 1491/2014), ECLI:ES:TS:2016:4226.

[47] La Sentencia del Tribunal Supremo 2934/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 10 de junio de 2015 (recurso 1263/2014), ECLI:ES:TS:2015:2934, FJ 4, indica:

> «Lo debatido en el proceso de instancia y decidido en la sentencia recurrida fue el alcance que había de darse a uno de los méritos establecidos en la convocatoria, y ya se ha dicho que esta es una cuestión jurídica ajena al ámbito de la discrecionalidad técnica y, consiguientemente, plenamente encuadrable dentro del objeto o espacio propio del control jurisdiccional.
>
> Así ha de ser considerado porque su solución no exige aplicar conocimientos específicos de un saber especializados sino normas jurídicas, como son, en este caso, las que regulan el contenido del programa docente de las especialidades médicas y, en consecuencia, determinan también si unos singulares o específicos cursos de postgrado deben considerarse o no coincidentes con aquel contenido».

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2004, de 10 de mayo de 2004 (recurso 3062/2001), ECLI:ES:TC:2004:86, FJ 3, dispone que «la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria… no se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que el Tribunal con su decisión de excluir determinados cursos por incumplimiento de los requisitos necesarios se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador».

[48] Por esta razón, el legislador básico introdujo la Disposición Final Cuarta del TREBEP, demorando en el tiempo la eficacia de los preceptos relativos a la carrera profesional y a la evaluación del desempeño hasta que no entraran en vigor las leyes de Función Pública de desarrollo del Estatuto.

5.1. Fase de diseño y planificación

En esta primera fase, se debería diseñar el sistema de evaluación, determinando los aspectos esenciales del mismo[49]:

a) La identificación de los sujetos participantes en el proceso de evaluación, y las distintas funciones que deben realizar.
b) El objeto y los factores de evaluación, los indicadores, y su grado de incidencia en el resultado final de la valoración.
c) El procedimiento de evaluación a seguir.
d) Los efectos de la evaluación.

Esta fase es común y simultánea a la planificación de la carrera administrativa horizontal, en la que cada administración deberá decidir previamente el tipo de sistema de carrera que desea implementar y el papel que tendrá en ella la evaluación del desempeño.

Para poder efectuar un buen diseño del sistema, debe realizarse un diagnóstico de la situación de la organización, con los puntos fuertes y débiles de la misma, y los rasgos característicos y diferenciales. La situación de partida es esencial para decidir quién o quiénes van a evaluar, cómo se materializará esta evaluación y qué aspectos se van a valorar. Igualmente, debería darse participación a todos los agentes implicados en el proceso, esto es, personal directivo, personal político y los representantes de los trabajadores, para que puedan efectuar sus aportaciones. Esta intervención es fundamental para asegurar el éxito y la credibilidad en el sistema.

Una vez diseñado, el sistema debería testarse. Antes de la aprobación del instrumento jurídico regulador, es aconsejable realizar una prueba piloto en el seno de la organización, que puede referirse únicamente a una unidad o a un departamento en concreto. De esta manera, podrán valorarse las dinámicas de funcionamiento para efectuar los cambios que sean necesarios. Esta experiencia piloto es clave para evitar disfunciones o problemas futuros derivados de su aplicación práctica.

5.2. Fase de elaboración y aprobación del instrumento jurídico regulador

Una vez diseñado el sistema, es necesario establecer su marco normativo. En el caso de las entidades locales, el reglamento será el instrumento mediante el cual podrán determinar el régimen jurídico de aplicación, de acuerdo con los parámetros establecidos por la ley. En esta fase, se debería redactar el texto normativo considerando las aportaciones efectuadas por los agentes implicados, y proceder a su aprobación definitiva, observando los trámites correspondientes y previa negociación colectiva, de conformidad con el artículo 37.1 d) del TREBEP.

No se puede desconocer la existencia de otros instrumentos jurídicos que pueden contemplar el régimen jurídico de aplicación, como pueden ser los acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo de los funcionarios[50] y los convenios colectivos en el caso del personal laboral[51].

5.3. Fase de publicidad del sistema

Diseñado el sistema y aprobado el instrumento jurídico regulador, sin perjuicio de la publicidad legalmente exigida, la administración debería efectuar una importante labor de difusión, para que el sistema sea conocido y entendido por todos los agentes participantes. La publicidad mediante la página *web* institucional, los *newsletters* de la organización, las comunicaciones corporativas u otros instrumentos similares, es indispensable. Además, la organización debería impulsar el desarrollo de acciones formativas, dirigidas a evaluadores y a evaluados, de manera que conozcan los aspectos esenciales del proceso y las funciones específicas que deberán realizar.

---

[49] En los términos que señalan Martínez y Jané (2010, p. 11), hablar de evaluación del desempeño supone preguntarse: «¿Qué evaluamos? ¿A quién? ¿Cómo evaluamos? ¿Cuándo lo hacemos? Y ¿dónde? Con ello habremos dado respuesta a la naturaleza informativa que tiene la evaluación. Pero dado que también tiene carácter de instrumento necesario para activar otros fines, habremos de cuestionarnos también ¿para qué? ¿con qué finalidad/es evaluamos?».

[50] Artículo 38 del TREBEP.

[51] Artículo 82 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).

5.4. Fase de aplicación del sistema

Por último, una última fase vendría constituida por la aplicación efectiva del sistema. Siguiendo las indicaciones del Informe del Comité de expertos para el estudio y preparación del EBEP (INAP, 2005) y del Grupo de Trabajo de Evaluación del Desempeño de la Comisión de Coordinación del Empleo Público (MHAP, 2013), es recomendable efectuar una aplicación gradual del mismo. Ésta puede consistir en la implantación exclusiva en un determinado ámbito o colectivo de la organización, o bien en el establecimiento de un régimen transitorio en el que la evaluación no tenga efectos jurídicos. Superado este primer estadio transitorio, la evaluación del desempeño debería desplegar los efectos previstos con plenitud, en los términos que veremos a continuación.

6. LOS EFECTOS DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA HORIZONTAL

El principal efecto derivado de la evaluación del desempeño en la carrera administrativa horizontal, en el caso que sea positiva, será el acceso al grado o tramo superior, y el derecho a percibir el correspondiente complemento de carrera. En este sentido, las consecuencias son principalmente económicas. Al igual que el complemento de productividad, el complemento de carrera tiene una clara vocación motivadora, al constituir un concepto retributivo ligado al correcto desempeño del puesto de trabajo. Es una contraprestación ligada al rendimiento, cuya percepción constituye un premio al empleado diligente. Además, independientemente de esta recompensa económica, el progreso profesional del empleado en el marco de la carrera administrativa horizontal, puede suponer el reconocimiento de un determinado status profesional[52].

En el mismo orden de cosas, el nivel adquirido en la carrera administrativa horizontal puede constituir un mérito a valorar en la provisión de determinados puestos de trabajo, o un requisito necesario para el acceso a puestos específicos de carácter cualificado en la organización[53]. De esta manera, se materializan las previsiones del artículo 16.3 del TREBEP, que contempla la posibilidad de compatibilizar las distintas modalidades de carrera profesional. La exigencia de un nivel máximo de carrera horizontal, habilitaría al progreso hacia un nuevo puesto de trabajo, siempre que se superara el proceso selectivo establecido al efecto. Es un premio a la madurez profesional del empleado, adquirida a lo largo de un prolongado periodo de tiempo, cuyo resultado es la obtención de un nivel de dominio óptimo de las competencias necesarias para el ejercicio de un determinado puesto de trabajo. De la misma manera, el ascenso en la carrera horizontal podría igualmente suponer la posibilidad de asignación de tareas y funciones cada vez más complejas, en la medida que se desarrollan las habilidades profesionales.

En el supuesto que la evaluación del desempeño sea negativa, los efectos que se deberían contemplar serían exclusivamente los de congelación de grado, no el descenso hacia el grado o escalafón inferior. De la lectura de los artículos 16, 17 y 20 del TREBEP, así como del mismo concepto de carrera profesional establecido en el artículo 16.2 del TREBEP, que la configura como un conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional, un descenso de grado parece que no tiene cabida en el sistema[54]. El descenso de nivel, a nuestro juicio, sólo podría aplicarse en concepto de sanción tipificada en el artículo 96.1 e) del TREBEP, en el marco del ejercicio de la potestad disciplinaria, de conformidad con el procedimiento legalmente previsto al efecto con todas las garantías para el interesado[55]. En esta línea, el

---

[52] Este derecho honorífico ha sido reconocido por la jurisprudencia en el ámbito sanitario. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 986/2013 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.ª), de 19 de diciembre de 2013 (recurso 281/2012), ECLI:ES:TSJCV:2013:6242; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 261/2015 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.ª), de 17 de abril de 2015 (recurso 261/2015), ECLI:ES:TSJCV:2015:1785; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 208/2017 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.ª), de 19 de abril de 2017 (recurso 121/2014), ECLI:ES:TSJCV:2017:2382; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 230/2017 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.ª), de 2 de mayo de 2017 (recurso 55/2014), ECLI:ES:TSJCV:2017:3269.

[53] Es el caso del Ayuntamiento de Manlleu, en el que la consecución del nivel máximo de desarrollo profesional en la carrera horizontal, constituye un requisito para el acceso a un nuevo puesto de trabajo, en el que se podrá desarrollar una nueva carrera horizontal.

[54] La Sentencia del Tribunal Supremo 1751/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 12 de marzo de 2012 (recurso 854/2009), ECLI:ES:TS:2012:1751, en el ámbito sanitario, determina que el regreso no puede ser una consecuencia derivada de una evaluación negativa, a falta de previsión legal específica.

[55] En un mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 3 de enero de 2013 (recurso 165/2011), señala, si bien en materia de pérdida del grado personal, que la normativa no establece entre los

artículo 105.3 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, dispone que la carrera profesional horizontal es irreversible, de manera que el progreso en la carrera se produce en sentido ascendente, salvo por aplicación de la sanción de demérito prevista en el artículo 158 de la Ley[56].

No obstante, en sentido contrario, Arroyo (2012, pp. 113-114) admite la posibilidad de regresión en la carrera horizontal, mediante la aplicación de los sistemas objetivos de evaluación. La pérdida del grado o nivel consolidado de carrera horizontal, como consecuencia de los resultados desfavorables de la evaluación del desempeño, se ha visto incorporada en algunas leyes autonómicas. Es el caso del artículo 64.9 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, que prevé la pérdida del tramo superior de carrera como consecuencia de los resultados de la evaluación del desempeño, además de la prohibición de solicitar el reconocimiento de dicho tramo en el plazo de tres años. Asimismo, el artículo 32.5 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, permite la revisión de la permanencia en un determinado grado de carrera horizontal en el supuesto de evaluación negativa del rendimiento, con retroceso al grado inmediatamente inferior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regulación del régimen disciplinario.

En cualquier caso, una evaluación del desempeño negativa posiblemente evidencie comportamientos o conductas que son susceptibles de ser castigadas desde el punto de vista disciplinario. Pero esta es otra cuestión. El demérito no debería ser un componente implícito en los sistemas de carrera administrativa horizontal.

Sin perjuicio de los efectos explícitos que hemos destacado, los resultados de la evaluación del desempeño constituyen verdaderos indicadores del funcionamiento de una corporación. Permiten la obtención de datos que reflejan el grado de cumplimiento de los objetivos asignados, así como las incidencias que puedan existir en los distintos desempeños de los puestos de trabajo, o en un determinado departamento o negociado. Una vez procesados y analizados, pueden convertirse en auténticas propuestas de desarrollo, que contribuyan a la mejora continua de la organización. Por este motivo, la evaluación del desempeño tiene un carácter marcadamente estratégico, al proporcionar datos importantes que reflejan el correcto o incorrecto funcionamiento de la administración.

CONCLUSIONES

Una administración local moderna debería ser capaz de dar respuesta a las peticiones y exigencias de los ciudadanos de una manera ágil, eficiente y eficaz, prestando unos servicios públicos de calidad. Es en este contexto donde la evaluación del desempeño adquiere sentido, como una figura imprescindible en la gestión de los recursos humanos, y debería incorporarse en todas nuestras administraciones locales como uno de los elementos esenciales para la transformación de la función pública. No se puede configurar un modelo de carrera horizontal, en el que los requisitos exigidos para el progreso profesional sean exclusivamente el tiempo de servicios prestados y la formación realizada, en el que no se tenga en cuenta el desempeño del empleado. Desafortunadamente, son muchos los modelos implementados en la administración local catalana que sólo tienen en cuenta estos factores. Nada aporta al buen funcionamiento de la organización un sistema de carrera horizontal lineal que olvide la evaluación del desempeño.

En el mismo orden de cosas, la evaluación del desempeño no debería convertirse en un procedimiento rutinario, donde cada agente participante se limite a emitir los correspondientes informes y rellenar los cuestionarios establecidos al efecto, sin que se entienda como un instrumento esencial y estratégico para la organización. Como hemos señalado, la implicación de todos los participantes es una cuestión nuclear y fundamental. Para ello, es esencial un proceso pedagógico dentro de cada administración, con la finalidad de explicar su funcionamiento y transmitir su importancia.

No debería percibirse de una manera negativa, como una espada de Damocles destinada a castigar deficientes rendimientos y conductas negativas, porque no tiene esta finalidad. Este es un papel reservado a la potestad disciplinaria. Debe entenderse como un modelo orientador, que pretende alinear los objetivos individuales con los corporativos, que premia a los desempeños adecuados, y activa los mecanismos necesarios para corregir aquellos que no lo son. Así mismo, proporciona una información esencial para conocer el

---

posibles efectos derivados de la evaluación del desempeño el de la pérdida del grado personal alcanzado, que en todo caso constituiría una sanción no prevista en el artículo 96 del TREBEP, por lo que requeriría una previsión en una norma legal.

[56] Estas previsiones se contemplan también en el artículo 77 e) de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, y en el artículo 133.3 de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana.

funcionamiento de la administración y el rendimiento de cada empleado, permitiendo la toma de decisiones adecuadas para promover los cambios necesarios para la mejora organizativa. Con la particularidad que la obtención de estos datos se efectúa de forma continuada, elemento que posibilita una retroalimentación permanente del sistema.

No es un proceso fácil. Sin duda, deberán vencerse resistencias de todo tipo, que pondrán el acento en las dificultades y problemas que plantea la incorporación de esta figura, en contra de las innumerables ventajas que presenta a medio y a largo plazo. La clase política, más preocupada a veces por los resultados inmediatos que de una visión estratégica futura, debería concienciarse de la importancia de esta institución. En un mismo sentido, los representantes sindicales también deberían percatarse de la necesidad de incorporarla.

El éxito de su implantación dependerá de múltiples factores, como son el clima laboral existente en la organización, el grado de implicación de los sujetos participantes, los recursos humanos y materiales disponibles, o el acierto en la determinación de los factores de evaluación. Por este motivo, es esencial un buen diseño del sistema, que se adapte a las particularidades de cada entidad local. Las diputaciones provinciales deberían tener un papel importante de asistencia a los municipios, estableciendo modelos tipo de sistemas, y efectuando una labor de acompañamiento en todo el proceso de implantación y desarrollo. En cualquier caso, la carrera administrativa horizontal y la evaluación del desempeño deberían implantarse sin demora en el ámbito local. Esta implementación debe pasar antes por el necesario desarrollo legislativo del TREBEP por parte de algunos legisladores autonómicos, al existir una reserva legal en materia de carrera administrativa horizontal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida Cerreda, M. (2010). La evaluación del desempeño de los empleados públicos. En particular, el establecimiento de sistemas de evaluación de desempeño en las Administraciones locales. *Anuario de Derecho Municipal*, 3, 115-158. Disponible en http://hdl.handle.net/10486/664322

Arroyo Yanes, L. M. (2012). La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos. *Revista catalana de dret públic*, 45, 94-128. http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/104

Cortés Carreres, J. V. (2009). La Evaluación del Desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público. *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 1, 36-39.

Escola d'Administració Pública de Catalunya – EAPC (2005). *Llibre blanc de la funció pública catalana. EAPC*. Recuperado de https://eapc.gencat.cat/ca/publicacions/colleccions/varia/20_llibre_blanc_de_la_funcio_publica_catalana/

Fernández Rodríguez, T. R. (2015). La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece. *Revista de Administración Pública*, 196, 211-227. https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40087

Fuentetaja Pastor, J. A. (2008). Estatuto Básico y carrera funcionarial. En E. Linde Paniagua (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas* (pp. 155-177). Colex.

García Acosta, F. M. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. *Documentación Administrativa*, 289, 21-42. Recuperado de https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10067

González Pérez, J. y González Navarro, F. (2007). *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Aranzadi.

Gorriti Bontigui, M. (2012). La evaluación del desempeño en las administraciones públicas españolas. En J. Fuentetaja Pastor y J. Cantero Martínez (dirs.), *Crisis económica y función pública* (pp. 259-281). Aranzadi.

Guzmán Valverde, N. y Noguer Portero, M. C. (2007). *La gestió de recursos humans per competències*. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Recuperado de https://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/col_leccio_papers_de_recerca/10_la_gestio_dels_recursos_humans_per_competencies_una_experiencia_municipal/documents/papers010_def.pdf

Instituto Nacional de Administración Pública – INAP (2005). *Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*. INAP.

Instituto Nacional de Administración Pública – INAP (2014). *Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España*. INAP. Recuperado de https://doi.org/10.1787/9789264234192-es

Jiménez Asensio, R. y Castillo Blanco, F. (2009). *Informe sobre el empleo público local*. Fundación Democracia y Gobierno local. Recuperado de http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/582

Linde Paniagua, E. (2008). La evaluación del desempeño de los empleados en el Estatuto Básico del Empleado Público. En E. Linde Paniagua (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, (pp. 179-201). Colex.

Martínez, R. y Jané Roca, P. (2010). *L'avaluació i el complement de productivitat de l'empleat públic*. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Recuperado de https://eapc.gencat.cat/ca/detalls/Article/04_rmartinez_productivitat

Mauri Majós, J. (2018). Gestión de los procesos selectivos, discrecionalidad técnica y control judicial. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, extra 2, 112-125. https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numejem=3&tipo=S&seccion=51&correlativo=1&contenido=6&locale=es

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2013). *Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público. Grupo de Trabajo: evaluación del desempeño. Conclusiones*. Recuperado de http://femp.femp.es/files/566-1503-archivo/Conclusiones%20Grupo%20de%20Trabajo%20Evaluaci%C3%B3n%20del%20desempe%C3%B1o.pdf

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2015). *Modelo de Evaluación del Desempeño en el marco de la planificación de objetivos y estratégica en las administraciones públicas*. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Recuperado de https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:1515e815-105a-4f52-9e5a-75d107366c8b/ModeloEvaluacion20072015-IEF.pdf

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Ministerio de Presidencia (2013). *Informe de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas*. Recuperado de https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b1c69477-9882-41a5-9f6d-5cbb46fa12b4/reforma-AAPP.PDF

Noguer Portero, M. C. (2008). La evaluación del desempeño. En S. Rey Guanter (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. La Ley.

Padilla Ruiz, R. (2017). *Gestión del empleo público: la evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*. J. M. Bosch Editor.

Rastrollo Suárez, J. (2018). *Evaluación del desempeño en la administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*. Tirant lo Blanch.

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, Abril de 2023
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 07-10-2022
Modificado: 13-02-2023
Aceptado: 13-02-2023
Prepublicado: 14-03-2023
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11137
Páginas: 234-249

Referencia: Díaz Tie, P. (2023). Caminando hacia estructuras de gestión local más participativas, inclusivas y representativas en los pequeños ayuntamientos. Gobierno Abierto y cultura administrativa. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 234-249. https://doi.org/10.24965/reala.11137

Caminando hacia estructuras de gestión local más participativas, inclusivas y representativas en los pequeños ayuntamientos. Gobierno Abierto y cultura administrativa

Towards more participative, inclusive and representative local management structures in small municipalities. Open Government and administrative culture

Díaz Tie, Paula
Universidad de Vigo (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1507-1867
pauladtie@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Doctoranda en Universidad de Vigo, Departamento de Sociología, Ciencia Política y de la Administración y Filosofía. Máster en Dirección Pública y Liderazgo Institucional por la Universidad de Vigo. Licenciada en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Funcionaria de Habilitación nacional, subescala secretaría-intervención. Experiencia profesional de más de 25 años en asesoría jurídica, fé pública, control económico-financiero y fiscalización económica en pequeños municipios. Su línea de investigación se centra en temas de Gobernanza y administración local.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar el grado de desarrollo de los principios de Gobierno Abierto y su relación con la cultura administrativa existente en cuatro ayuntamientos rurales de Galicia de no más de 2.000 habitantes, analizando principalmente el portal de transparencia y el clima organizativo de cada uno de ellos. Se utilizó el método comparado puesto que se incorporó al análisis un ayuntamiento de similares características que ya tiene consolidado desde hace muchos años los principios de transparencia, colaboración y participación con el objetivo de conocer el camino a seguir para poder implantar en los pequeños ayuntamientos estructuras de gestión más participativas, transparentes e inclusivas.

PALABRAS CLAVE

Gobierno abierto; ayuntamientos; transparencia; cultura administrativa.

ABSTRACT

The objective of this research paper is to analyse the state of development of the principles of open government and its relationship with the existing administrative culture in four rural municipalities of Galicia with no more than 2.000 inhabitants. Above all, the transparency portal and the organizational climate of each one of them are being looked at closely. The comparative method was used in a town council with similar characteristics which had already consolidated the principles of tranparency, colaboration and participation for many years with the aim of finding out the way forward in order to implement more participatory, transparent and inclusive management structures in small municipalities.

KEYWORDS

Open government; municipalities; transparency; administrative culture.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 1.1. DEFINICIÓN Y ORIGEN DEL CONCEPTO GOBIERNO ABIERTO. 1.2. ELEMENTOS CLAVES PARA LA IMPLANTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE GOBIERNO ABIERTO DESDE LA ÓPTICA DE UNA ADMINISTRACIÓN LOCAL. CAMBIOS NECESARIOS, IMPORTANCIA DE LOS RECURSOS HUMANOS. CULTURA ADMINISTRATIVA. 1.3. LA EXPERIENCIA DE IMPLANTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE GOBIERNO ABIERTO EN UN AYUNTAMIENTO DE 1.000 HABITANTES. AYUNTAMIENTO DE FIGARÓ-MONTMANY. 2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN. 2.1. BASE CONCEPTUAL. 2.2. TÉCNICA DE RECOGIDA Y ANÁLISIS DE DATOS. 3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN. 3.1. COMPARATIVA FINAL. CONCLUSIONES. ANEXO. FICHAS METODOLÓGICAS SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS Y MATERIAL ANALIZADO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

El gobierno abierto ha surgido como una nueva forma de gestionar los asuntos públicos, donde la transparencia, la rendición de cuentas, la participación de la ciudadanía y la colaboración de los sectores implicados se deben introducir en todas las fases del ciclo de las políticas locales.

Este trabajo se centra en conocer el grado de implantación de los principios del gobierno abierto en cuatro ayuntamientos gallegos de menos de 2.000 habitantes contraponiendo este análisis con un ayuntamiento catalán de similares características demográficas y sociales, referente y con buenas prácticas, con una trayectoria consolidada de procesos participativos y con índices de transparencia elevados. El análisis se realizó a través de la comprobación de los portales de transparencia y una valoración del clima organizativo existente mediante la realización de una encuesta entre el personal municipal implicado en el desarrollo de estos principios.

El objetivo principal radica en averiguar si es posible la implantación de estos principios en un ayuntamiento de algo más de 1.000 habitantes analizando uno, de los muchos, obstáculos con los que se encuentra como es la cultura administrativa, conocer la relación de desarrollo de estos principios con los valores imperantes en cada organización, el clima organizativo, el liderazgo o la capacidad de innovación existente, premisas muy vinculada al personal que trabaja en estas entidades locales con el objetivo de crear sinergias para poder implantar estructuras de decisión en los pequeños municipios más inclusivas, transparentes y participativas.

Con este trabajo se pretende iniciar un proceso de isomorfismo institucional, trasladar a los ayuntamientos pequeños, las buenas prácticas del ayuntamiento de Figaró-Montmany, referente de este trabajo, y así posibilitar el cambio en la relación con la ciudadanía a través de una nueva manera de abordar las políticas públicas en todas sus fases, se pretende generar conocimiento, difundir experiencias exitosas para poder generar réplicas en aquellos municipios que están en una primera fase de desarrollo de estos principios, difundir propuestas innovadoras en pequeños municipios para mejorar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía, siendo conscientes de las limitaciones que ha supuesto el enfoque de este tema solo desde una perspectiva, la cultura administrativa. Sería preciso tener un enfoque poliédrico dado que son múltiples los factores y temas implicados como pueden ser la brecha digital, la desafección política, la despoblación del rural, la cultura política etc.

1.1. Definición y origen del concepto Gobierno abierto

> «Mi Administración está comprometida a crear un nivel sin precedentes de apertura en el Gobierno. Trabajaremos juntos para asegurar la confianza pública y establecer un sistema de transparencia, participación pública y colaboración. La apertura fortalecerá nuestra democracia y promoverá la eficiencia y eficacia en el Gobierno.».

Con estas palabras, el presidente Estadounidense Barak Obama (2009) iniciaba su mandato un día después de su toma de posesión, concretamente el día 21 de enero de 2009, enviando el llamado Memorando para los jefes de Departamentos y Agencias Ejecutivas, en el que anunciaba lo ejes fundamentales en los que quería que se basara su mandato presidencial. Este hecho dará paso más tarde a un movimiento mundial que se concretó en 2011 con la creación del llamado *Open Government Partnership* (OGP) que cuenta en el año 2022, con 77 países socios y 106 gobiernos locales, movimiento que pretende unir a las instituciones y a la sociedad civil para «promover una gobernanza transparente, participativa, inclusiva y responsable».

Estos principios de actuación, transparencia, participación y colaboración son los ejes fundamentales del concepto de gobierno abierto, «cuyo significado aún se está construyendo» según determina Cristóbal Cobo

(2012, p. 101). Podemos destacar la definición de autores como Cesar Calderón (2012, p. 27) que caracterizan este concepto como «una evolución de nuestro sistema democrático de convivencia y valores basada en el establecimiento de mecanismos para la transparencia de los gobiernos, así como de espacios permanentes de colaboración y participación de los ciudadanos más allá del ejercicio del derecho de sufragio cada cuatro años».

Este concepto es fruto según César Nicandro Cruz-Rubio (2015, p. 38):

> «de tres distintos procesos de naturaleza interdependiente ocurridos en las décadas recientes, y que han demostrado tener efectos de impacto global:
>
> a) Los avances tecnológicos, al incremento de la conectividad, el advenimiento de la Web 2.0 y el empoderamiento ciudadano de plataformas tecnológicas de comunicación.
>
> b) Las presiones ciudadanas por una mayor transparencia y accountability, la demanda de mayores y mejores espacios de participación y la emergencia de los nuevos movimientos sociales.
>
> c) La consolidación de gobiernos relacionales y de la gobernanza (colaborativa y de redes).»

Como afirma Cristóbal Cobo (2012, p. 114):

> «un verdadero cambio hacia la transparencia, participación y colaboración, que recoja las dimensiones expuestas en este capítulo, implicará una transformación no solo de carácter tecnológico o administrativo, sino principalmente cultural, tanto en la cultura de la administración pública como en el desarrollo de nuevas habilidades y compromisos por parte de la ciudadanía. De lo contrario, quedará el riesgo de que se convierta solo en palabras vacías».

Por lo tanto, principios tales como la participación, transparencia y colaboración dan contenido a este concepto, pero como indica Ortiz de Zárate (2019, p. 70) «la transparencia, la participación y la colaboración valen en cuanto conduzcan a un mejor gobierno, a políticas públicas más efectivas, a una sociedad mejor».

A) El principio de transparencia y rendición de cuentas está desarrollado en la legislación actual a través de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno con una triple vertiente:

- Reforzando la transparencia de la actividad pública en todas las administraciones.
- Garantizando el derecho de acceso a la información.
- Estableciendo las pautas para el buen gobierno.

La transparencia es considerada como «la antesala para que existan los demás pilares que van a hacer posible la apertura necesaria que propugna el modelo del gobierno abierto» (Carmona Garias, 2017, p. 300). Pero debemos entender que la transparencia supone el acceso a unos datos en formato estándar y comprensible para todos los públicos, «la información debe estar bien estructurada y ser de fácil asimilación», como destaca Ignasi Labastida (2014, p. 39).

La transparencia, como destaca Manuel Villoria (2021a, p. 236) «genera impactos positivos en la gobernanza democrática. Estos impactos son complejos y se producen a medio y largo plazo; hablamos del control del poder y la reducción de la corrupción, el incremento de la legitimidad de los Gobiernos, y la efectividad de las políticas».

La transparencia va más allá de la publicación de datos en el contorno digital, significa dar los instrumentos de forma accesible y fácil a todos los actores sociales para conozcan la gestión pública y puedan denunciar actos infracciones de una manera confidencial, tema que entre otros, regula la Directiva UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida como Directiva *Whistleblowing, de* la que se ya ha iniciado, tardíamente y fuera del plazo establecido, su incorporación al ordenamiento jurídico español con la aprobación el día 13 de septiembre de 2022 por parte del Consejo de Ministros del proyecto de ley que regula la protección de las personas que informen sobre infracciones que vulneren el ordenamiento europeo y nacional, se debe esperar a su recorrido parlamentario para poder conocer su contenido definitivo así como su dotación presupuestaria porque como explica Manuel Villoria (2021b, p. 24) «Parece claro que, sin recursos financieros suficientes, esta norma será un fraude. Si no se puede proteger jurídicamente a los alertadores, si no se les puede indemnizar, si no hay personal para apoyar psicológicamente es evidente que la norma no cumplirá sus objetivos».

Como destaca Isaac Martín Delgado et al. (2021, p. 14):

> «La transparencia es premisa fundamental: sin ella, no puede haber ni participación, ni colaboración, ni rendición de cuentas. Precisamente por ello, la transparencia, por todo lo que implica, se ha convertido en uno de los valores fundamentales de las democracias del siglo XXI y en una de las imágenes más invocadas por los responsables políticos y más reclamadas por la ciudadanía y los miembros de la sociedad civil organizada.».

B) Por su parte, el principio de participación ciudadana está recogido en nuestra Constitución en el artículo 23 al establecer que «Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes». Este principio está íntimamente unido al concepto de democracia así autores como Manuel Villoria (2012, p. 83) vinculan este principio con el concepto de democracia deliberativa. Se trata, según Cesar Calderón y Sebastián Lorenzo (2010, p. 11) «en saltar desde nuestro viejo modelo basado exclusivamente en la democracia representativa a un modelo de democracia conversacional y abierta, aprovechando las posibilidades que proporcionan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)». Para Joan Subirats (2014, p. 23) «participar no sólo significa estar presentes en las instancias representativas. Debe querer decir también poder ser coproductores de políticas, compartir la generación de alternativas, implicarse en el debate sobre lo que nos afecta y buscar las posibles respuestas».

C) El principio de la colaboración, supone implicar a la sociedad y a otras administraciones en la gestión de la política. Así Yolanda Martín (2013, p. 4) lo define como «colaboración con los ciudadanos, las empresas y la sociedad civil, permitiendo un trabajo conjunto de la administración con sus trabajadores y la colaboración entre las administraciones». Es importante destacar los principios de la gobernanza que Jan Kooiman (2003, p. 58) resume como mucha claridad al afirmar que:

> «las líneas divisorias entre los sectores público y privado se están borrando, y los intereses no son tan sólo públicos o privados, ya que frecuentemente son compartidos. Por lo tanto, generalmente es más apropiado hablar de los cambios en los roles del gobierno que de la disminución de estos roles como parte de estas relaciones cambiantes. La remodelación de las actividades del gobierno y una mayor conciencia sobre la necesidad de cooperar con otros actores sociales no convierten a las intervenciones gubernamentales tradicionales en obsoletas. Se produce, simplemente, una creciente concienciación no sólo de las limitaciones del tradicional orden y control público como mecanismo de gobierno, sino también de las respuestas a los problemas sociales que requieren un mayor número de enfoques e instrumentos. En el gobierno abierto es importante crear espacios de colaboración que permitan al ciudadano proponer y participar en el diseño de las políticas públicas aportando sugerencias, opiniones, valoraciones.».

Otro de los elementos fundamentales del Gobierno abierto es el acceso a través de las nuevas tecnologías a los servicios que debe prestar un Administración Pública. Destaca el gran empuje de la administración electrónicas en España, por efectos de la pandemia del COVID-19 y el periodo de confinamiento de 2020, que ha acelerado esta necesario acercamiento digital de la Administración a los ciudadanos, así lo han constatado entidades como la Comisión Europea que en su estudio anual sobre la evolución de los servicios públicos electrónicos en Europa, denominado *eGovernment Benchmark 2022* (Comisión Europea, 2022), España ocupa una buena posición con un indicador de un 79 % superando la media europea que se encuentra en un 68 %. Pero la realidad de implantación de estos servicios difiere mucho de una Administración a otra, elementos como la brecha digital cuyos componentes no solo son tecnológicos, sino que existen variables como la edad, educación, ubicación y promoción, condicionan el uso de la administración electrónica por parte de la ciudadanía, mucho más acusado en el medio rural donde existe una tasa de envejecimiento de la población muy elevada.

1.2. Elementos claves para la implantación de los principios de gobierno abierto desde la óptica de una administración local. Cambios necesarios, importancia de los recursos humanos. Cultura administrativa

Nadie cuestiona la legitimidad y los beneficios que traerían a la sociedad la implantación real y efectiva de estos principios de gobierno abierto, pero este ideal está lleno de grandes obstáculos explicados por Molina Dimitrijverich (2011, p. 307) e identificando la necesidad de realizar cuatro grandes cambios:

1. Un cambio cultural, poniendo al ciudadano como centro de la actividad de la administración lo que implicará una nueva forma de plantearse las políticas públicas y las actitudes de los trabajadores públicos.
2. Un cambio de los procesos administrativos dado que su diseño no está adaptado al ciudadano.
3. Un cambio de organización, dado que los modelos jerárquicos imperantes no tienen como objetivo la eficacia.
4. Un cambio en las formas de relación, dado que el uso de la tecnología favorece una comunicación bidireccional con la ciudadanía.

Todos estos cambios necesarios precisan de la existencia de una cultura administrativa fuerte y cohesionada. Este concepto de cultura administrativa ha sido definido entre otros autores por Carles Ramió (2021, p. 49) como «los comportamientos observados de forma regular en la relación entre los individuos que forman parte de una organización, los valores dominantes aceptados, la filosofía que orienta la política de la organización hacia los empleados y los ciudadanos, las reglas de juego para moverse y progresar dentro de la organización». Supone, por tanto, el punto de unión de todos los que trabajan en una organización, el conjunto de valores, costumbres que imperan para la consecución de un fin común.

La importancia de este concepto en la consecución de un gobierno abierto la pone de relieve Antoni Machado (2010, p. 125) al exponernos la necesidad de «un cambio cultural intenso de la administración y de los empleados públicos», afirmación muy relacionada con el contenido de un informe de la OCDE (2016, p. 6), donde se establece que «los temas relacionados con los recursos humanos y la capacidad de los funcionarios públicos son citados como los tres mayores problemas a la hora de implementar las iniciativas de gobierno abierto».

El liderazgo público, es un elemento esencial, cohesionador de toda la cultura administrativa, de vital importancia ahora y en el futuro de las administraciones públicas. «El déficit de buenos líderes, junto con las debilidades organizativas van a ser uno de los problemas más serios a los que nos vamos a enfrentar» como vaticina Carles Ramió (2015, p. 7).

La existencia de una cultura administrativa fuerte facilitaría un compromiso del personal con los objetivos de la administración influyendo notablemente en la consecución de los principios de gobierno abierto que no sólo requieren de la utilización de la tecnología y la cultura digital como expone Álvaro Ramírez Alujas (2014, p. 203) sino que es necesario, en paralelo «lograr introducir dichos valores, prácticas y modelo de trabajo, en el andamiaje que constituye la cultura política y administrativa» así como «la necesidad de marcos institucionales y base legales adecuadas para el nuevo contexto, sistemas de gestión más sofisticados y un profundo cambio en la cultura de las organizaciones públicas para hacer la promesa de gobierno abierto una realidad».

Cambios culturales y reformas necesarias que propone Juana López Pagán (2016, p. 311) al afirmar que:

> «Es preciso reformas ponderadas pero audaces que favorezcan un cambio de cultura, para que la administración transite hacia un modelo de administración abierta que aproveche todo su potencial (sus talentos), articulando la sinergia entre Estado y ciudadanía (inteligencia colectiva), e involucrando a los ciudadanos (valor añadido). Sin esa transformación, el gobierno abierto corre el riesgo de convertirse en una batería de propuestas que difícilmente podrán desarrollarse, o peor aún, en campañas de marketing institucional que pueden generar mayor desconfianza, frustración y apatía por lo público».

Existen otros obstáculos, que no son objeto de este estudio, que impiden el desarrollo de los principios de gobierno abierto, como casi todos los fenómenos sociales las causas son múltiples, entre los que destacaríamos la brecha digital, mucha más acusada en el ámbito rural que el urbano, la escasa participación ciudadana íntimamente unida a la desafección política, o un mal interpretado principio de transparencia con un exceso y sobrecarga de datos e información o incluso fenómenos etiquetados bajo el término de ansiedad informativa que puede llevar el ejercicio de la transparencia incontrolada, exceso informativo explicado por Oscar Oszlak (2012, p. 14) con la siguiente metáfora, «como ocurre con el agua, una copa puede ser adecuada; una inundación puede ser una calamidad».

Siguiendo la metodología empleada por Oscar Oszlak y Ester Kaufman (2014, p. 7) podremos reconocer el grado de implicación de las entidades públicas en los principios de gobierno abierto según la obtención de siete categorías que pretenden alcanzar los siguientes objetivos generales:

1. Ampliar la información pública disponible para la ciudadanía.

2. Garantizar y mejorar el ejercicio del derecho a la información pública.
3. Mejorar el acceso a los servicios públicos y sus canales de entrega.
4. Proteger los derechos de usuarios y funcionarios.
5. Incrementar la transparencia de la gestión pública.
6. Promover la participación ciudadana en la gestión estatal.
7. Aumentar la capacidad institucional para una gestión abierta.

1.3. La experiencia de implantación de los principios de gobierno abierto en un ayuntamiento de 1.000 habitantes. Ayuntamiento de Figaró-Montmany

Dado que el método a utilizar va a ser el análisis comparado, debemos partir de un supuesto real, similar en población y configuración social a los cuatro ayuntamientos que vamos a analizar, en donde los principios de gobierno abierto estén implantados y desarrollados con continuidad y que ponga de relieve la asunción de los valores del gobierno abierto.

Uno de los elementos clave para la elección de esta entidad local fue su rango poblacional (1.000-2.000 habitantes) con una trayectoria ya consolidada de desarrollo de los principios de gobierno abierto. De su análisis comparado podemos conocer el grado de implantación de estos principios, así como analizar las claves del éxito. Se rechazaron otros ayuntamientos con propuestas participativas consolidadas por superar el umbral poblacional, o por no tener una labor participativa tan consolidada a lo largo del tiempo. La elección concreta de Figaró-Montmany se produjo al analizar el estudio de Carmen Pineda (2009, p. 279) donde se plasmaba en una tabla, todos los ayuntamientos con presupuesto participativo aprobado hasta 2010. Se trata de un caso de éxito que perdura en el tiempo.

Antes de abordar el grado de implantación de los principios de Gobierno abierto es preciso conocer un poco sus características socioeconómicas. Uno de los elementos más significativos desde el punto de visto demográfico es la tendencia al alza de la población municipal. Así lo demuestran la comparativa entre a comparativa los años 2017/2022 según los datos estadísticos recogidos por la Diputación de Barcelona, contradiciendo la tendencia de la España vaciada.

Tabla 1. Ayuntamiento de Figaró-Montmany. Datos demográficos 2021

Población total	1.127
Variación anual	–1,31 %
Variación 2017-2021	4,64 %
Habitantes por Km²	75
Hombres	550
Mujeres	577
Porcentaje de jóvenes	13,93 %
Porcentaje de adultos	66,37 %
Índice de envejecimiento	141,40
Edad media	45,09

Fuente: Diputación de Barcelona. Recuperado de https://www.diba.cat/hg2/informes/sintesi_municipal_1.asp

Este municipio catalán tiene una trayectoria muy consolidada de presupuestos participativos, a pesar de ser procesos complejos que requieren de gran planificación y anticipación municipal, estos procesos se han mantenido y ampliado con el tiempo, sirva como ejemplo que los trabajos para la elaboración de los presupuesto municipales para el año 2023 ya se iniciaron en agosto de 2022, dando a conocer a la población los plazos de presentación de propuestas y de votación incorporando a esta información el nivel de ejecución de las propuestas vecinales aprobadas en el año 2021 posibilitando así la realización de tareas de evaluación y seguimiento de políticas públicas.

Pero estos procesos participativos no se centran solo en los presupuestos, sino que se amplían a la elaboración de un Plan de Actuación Municipal (2021-2023), un Plan de Educación de Figaró (2011) o el Plan de la Agenda 2021(2005), proceso que se desarrolló y se mantuvo a través de una Comisión de Seguimiento de la Agenda 21, realizándose estudios de seguimiento y evaluación. A estos instrumentos de planificación de políticas púbicas se le unen procesos participativos para decisiones puntuales, como la realizada en abril de 2022 sobre instalación de cámaras de vigilancia de lectura de matrículas en el acceso al municipio, propuesta aprobada por un total de votos 188 votos, 148 votos físicos y 33 votos electrónicos.

2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

2.1. Base conceptual

El método utilizado para esta investigación está basado en la combinación de diferentes métodos cualitativos y cuantitativos de ciencias sociales dirigidos a realizar una investigación empírica e inferencial de forma inductiva para llegar a conclusiones desde lo concreto a lo general combinado con un análisis deductivo dado que partimos de un marco teórico para concretarlo a los cuatro casos analizados. Para ello utilizamos el método comparado a través del análisis de cuatro casos concretos. En este sentido, destacamos la utilización de la netnografía, método social digital en el que se aúnan técnica de recolección, creación y análisis de datos sumados a las observaciones de los participantes, dándole protagonismo a la interactuación a través de la figura del observador participante en el contexto digital.

La elección de las unidades de investigación se fundamentó en varios criterios:

1. Se seleccionaron ayuntamientos rurales gallegos de menos de 2.000 habitantes con características demográficas y económicas similares tras consultar los datos del *Instituto Galego de Estatística.*
2. Se seleccionaron solo cuatro ayuntamientos, uno por cada provincia gallega. En este tipo de ayuntamientos la ayuda técnica de la Diputación es fundamental como elemento de apoyo y colaboración, elemento que se puede analizar en función de la provincia en que esté ubicado cada ayuntamiento.
3. Se procedió a realizar través de un análisis comparativo, dos ayuntamientos que estuvieran dentro de la Red de entidades locales por la transparencia y participación de la Federación española de municipios y provincias (FEMP) y otros que no estuvieran adheridos para comparar si la inclusión en este grupo de trabajo condiciona un alto desarrollo de los principios de gobierno abierto. De los ocho ayuntamientos gallegos adheridos a esta red, solo cuatro cumplían la variable poblacional de ser menor de 2.000 habitantes, así los ayuntamientos de Crecente y O Bolo están en la red de la FEMP y los ayuntamientos de Cerdido y Rábade no pertenecen a esta red. De la combinación de estos criterios se procedió a elegir unidades de investigación las siguientes, tras comparar que poseen características demográficas y económicas parecidas.

    - **Ayuntamiento de Cerdido (**A Coruña**).** Es el ayuntamiento de menor población de la provincia de la Coruña, con una alta dispersión de la población en más de 90 núcleos y una fuerte tendencia a la despoblación. Este ente local no está adherido a la «Red de entidades locales por la transparencia y participación ciudadana de la FEMP».
    - **Ayuntamiento de Rábade (**Lugo**).** Pequeño municipio de la provincia de Lugo, con tan solo 5 km² de superficie, lo que le otorga el título de segundo ayuntamiento más pequeño en territorio de Galicia, tras Mondariz-Balneario. No está adherido a la Red de ayuntamiento por la transparencia y participación de la FEMP.
    - **Ayuntamiento de O Bolo (**Ourense**).** Ayuntamiento de la provincia de Ourense con una gran dispersión territorial y una tasa de envejecimiento en 2021 de 879,84, muy superior a la media gallega que está en 163. Es el ayuntamiento con menor población de los analizados. El ayuntamiento de O Bolo, está adherido a la «Red de entidades locales por la transparencia y participación ciudadana de la FEMP».
    - **Ayuntamiento de Crecente (**Pontevedra**).** Es el ayuntamiento de mayor población de los analizados sin llegar al límite de los 2.000 habitantes y el de mayores ingresos municipales disponibles. Este ente local está adherido a la «Red de entidades locales por la transparencia y participación ciudadana de la FEMP».

2.2. Técnica de recogida y análisis de datos

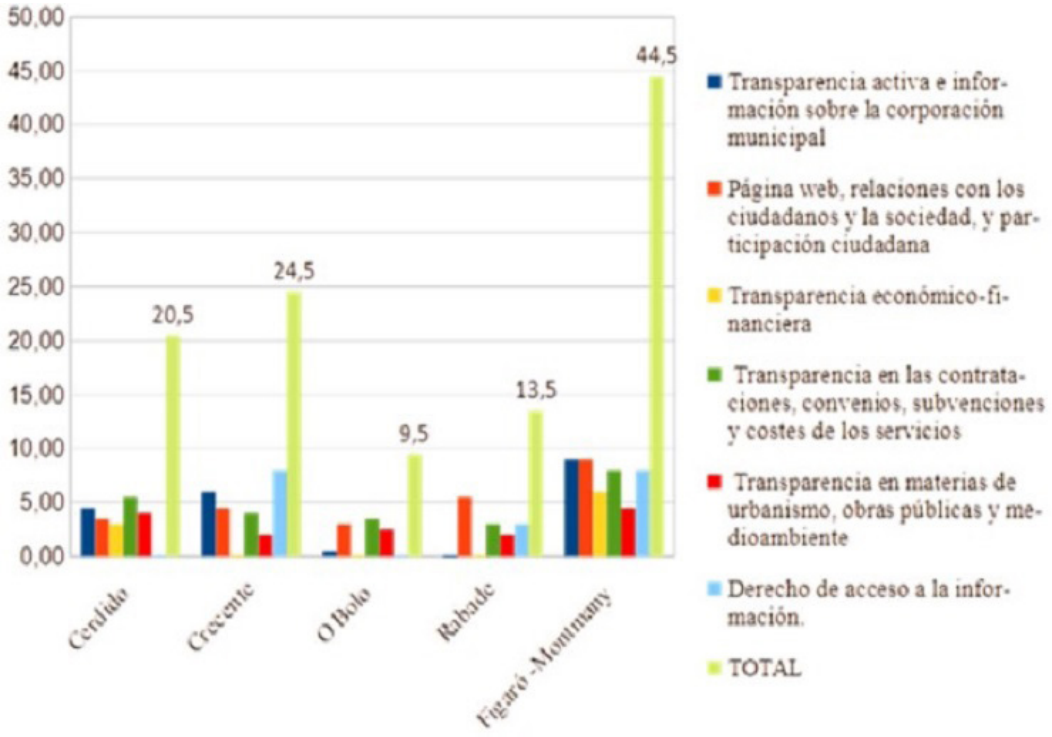
El necesario proceso de operacionalización de las variables nos obliga a utilizar una serie de técnicas de recogida de datos diferentes en función de la variable a analizar. En relación a la variable dependiente y para conocer el desarrollo de los principios de gobierno abierto se procedió al examen de experto heurístico de los portales de transparencia a través del *check list* de los criterios de Transparencia Internacional (TI) se procedió a intervenir en el proceso participativo de Figaró-Montmany para la instalación de semáforos con video vigilancia realizado en marzo de 2022 en la plataforma https://participa311-figaro.diba.cat/, para poder comprobar la facilidad de acceso y el contenido de la información. El proceso se continuó hasta la última etapa, sin emitir el voto final. También hubo un seguimiento de redes sociales como Facebook e Instagram de las unidades de investigación analizadas, terminando con una utilización de fuentes secundarias de información a través do informe y datos estadísticos sobre brecha digital en Galicia de febrero de 2022 realizada por el Instituto Sondaxe, S. L. Así mismo, se contactó por vía correo electrónico con los responsables de la Red de transparencia de la FEMP para que nos remitieran información sobre el número de ayuntamientos adheridos y posibles ejemplos de buenas prácticas.

En cuanto al análisis estadístico de los datos, se procedió a configurar la ficha técnica del muestreo general y en particular para cada ayuntamiento. Se trata de una muestra no probabilística, dado que la elección de los encuestados no dependió de la probabilidad, ni es fruto de un procedimiento automático, sino que dependió de la decisión de una persona en función de las características del puesto de trabajo que desempeñan y su vinculación a los principios de gobierno abierto. Según Hernández, Fernández y Baptista (2007, p. 262), este tipo de muestra «ofrece una gran riqueza para la recolección de datos y el análisis de los datos».

3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Tal y como se observa en el Gráfico 1, y después del análisis de los 80 Ítems de Transparencia Internacional se puede afirmar que existe una gran diferencia entre los ayuntamientos analizados, obteniendo toda una puntuación muy baja en comparación con el ayuntamiento referente.

Gráfico 1. Transparencia con índices TI. Puntuación escala 1-80



Fuente: Elaboración propia.

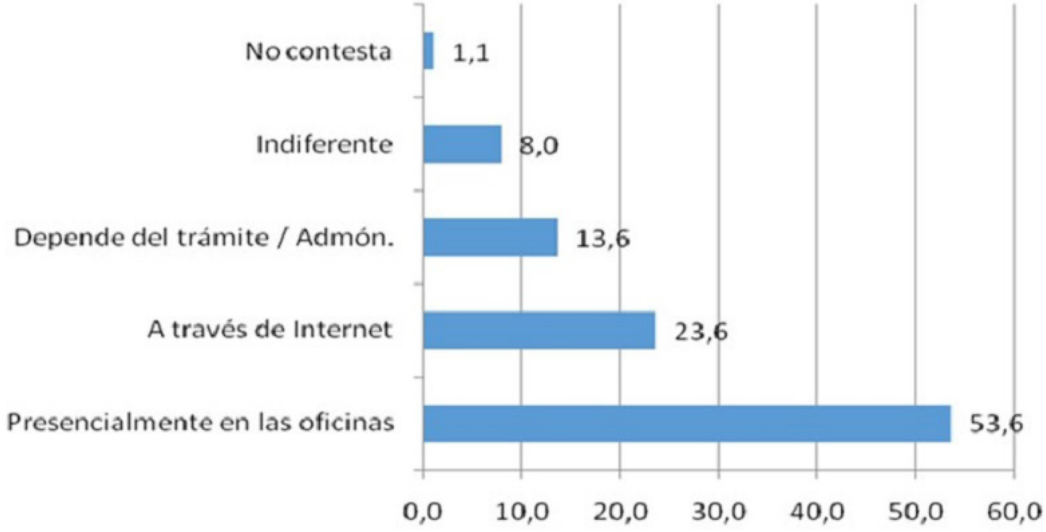
Los ayuntamientos gallegos analizados no tienen información sobre estadísticas tributarias, gastos por habitantes que, si incorpora el ayuntamiento referente, destacamos la ausencia de información en relación con temas de agenda política, y resoluciones judiciales. En los ayuntamientos de O Bolo y Rábade la información publicada está muy desactualizada, y solo el ayuntamiento de Cerdido tiene información relativa al año 2021.

De la información obtenida se puede destacar que el ayuntamiento de O Bolo, pese a estar incorporado a esta Red de Transparencia y Participación de la FEMP, obtuvo el índice más bajo de transparencia siguiendo los criterios de TI y Figaró-Montmamy que no está incluido en la Red, tiene el índice más alto en transparencia y participación de todos los ayuntamientos analizados.

En cuanto al grado de implantación del principio de participación y colaboración en los ayuntamientos gallegos analizados, los datos mostraron la inexistencia de presupuestos participativos, experiencias de decisiones públicas participativas, así como la ausencia de instrumentos de planificación de políticas públicas a tres años elaboradas con participación ciudadana, instrumentos si existentes en el Ayuntamiento de Figaró-Montmany.

Los datos recogidos en este estudio estadístico del barómetro de febrero de 2022 de la empresa Sondaxe, S. L. demostraron que las personas prefieren realizar los trámites administrativos presencialmente con la administración.

Gráfico 2. Preferencia de acceso a la administración y organismos en municipios de menos de 5.000 habitantes. Valores en porcentajes



Fuente: Barómetro Galicia, febrero 2022. Empresa Sondaxe, S. L.

Los datos de la variable de cultura administrativa recogidos tras la realización del cuestionario de clima organizativo y las entrevistas realizadas, pusieron de relieve la baja percepción del personal en los bloques temáticos de comunicación, confianza y relación entre los empleados, ya que fueron los ámbitos peor valorados en los cuestionarios en todos los ayuntamientos, áreas que se corresponden a preguntas como la existencia de libertad para comunicarse, el papel activo del empleado, las posibilidades de discusión de los problemas, la falta de información de los objetivos o la posibilidad de confiar en el grupo de trabajo. Así individualmente se destacan los siguientes resultados:

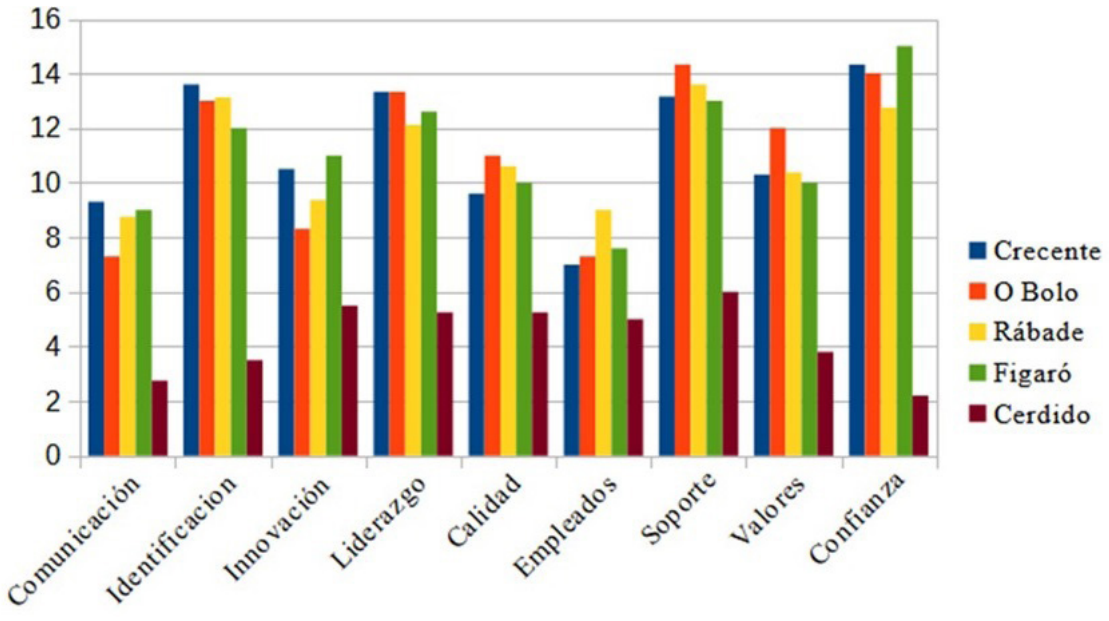
- **Datos y resultados y entrevista del ayuntamiento de Rábade.** Estos datos demuestran la existencia de un buen clima organizativo, dado que todas las encuestas realizadas superan la puntuación de 75, el elemento mejor valorado es el de soporte que corresponde con el entorno físico del trabajo y la identidad, lo que demuestra una buena organización del trabajo y que se valora positivamente la comunicación de objetivos a todos los componentes del grupo de trabajo, datos refrendados por la entrevista realizada con el secretario-interventor.

- **Datos de la encuesta y entrevista del ayuntamiento de O Bolo.** Los datos nos indican la existencia de un muy buen clima organizativo dado que la media obtenida supera los 100 puntos. El entorno físico es una vez más el elemento mejor valorado junto a la confianza al grupo y el ambiente de cordialidad existente. Como contrapunto cabe destacar la escasa puntuación del apartado de innovación, así como la comunicación y empleados que son los de obtienen menor puntuación.
- **Datos del cuestionario y entrevista del ayuntamiento de Cerdido.** Los resultados muestran valores muy discretos dado que ningún cuestionario llega a la puntuación mínima de 75 puntos, teniendo todos los ítems una puntuación muy baja. Lo más valorado fue el entorno físico de trabajo frente al último ítem valorado que revela una falta de confianza y apoyo entre las personas que componen el grupo de trabajo municipal.
- **Datos del cuestionario y entrevista del ayuntamiento de Crecente.** Es el ayuntamiento con mejor clima organizativo de todos los analizados, superando la barrera de los 100 puntos en casi todos los cuestionarios realizados. Destaca la confianza de los miembros de la plantilla y el liderazgo como elemento más valorado por los encuestados siendo, una vez más la comunicación y los empleados lo ítems peor valorados.
- **Datos del cuestionario y entrevista del ayuntamiento de Figaró-Montmany.** Los datos demuestran la existencia de un clima organizativo bueno, no alcanzando la puntuación media de 100 puntos. La confianza en el grupo, el entorno de trabajo y el liderazgo son los más valorados. Llama la atención, por un lado, la existencia de dos puestos de trabajo que precisan de titulación universitaria para llevar la parte administrativa y desarrollo de los principios de gobierno abierto, así como la puntuación del apartado de innovación que no se sitúa entre las mejores puntuaciones, siendo este el ayuntamiento referente en la materialización de los principios de gobierno abierto.

3.1. Comparativa final

Como resumen y gráficamente hacemos una comparativa de los resultados de la encuesta entre los cuatro ayuntamientos analizados con la media de las puntuaciones obtenidas, destacando los resultados de dos ayuntamientos por encima de 100 puntos que presuponen la existencia de un muy buen clima organizativo, dos ayuntamientos por debajo de 100 puntos que manifiesta un buen clima organizativo y uno muy por debajo del límite de 75 puntos que denota la existencia de un clima organizativo malo.

Gráfico 3. Comparativa de los resultados de la encuesta en los cinco ayuntamientos analizados sobre cultura administrativa



Fuente: Elaboración propia.

CONCLUSIONES

Los datos obtenidos de los ayuntamientos gallegos analizados demuestran que el principio de transparencia está muy poco desarrollado. Ninguno cumple estrictamente la Ley 19/2013, la información que la Administración pone a disposición de la ciudadana está incompleta y poco o nada actualizada. Tampoco cumplen los requisitos que nos indica Ignasi Labastida (2014, p. 39) para que la ciudadanía ejerza un control sobre la actividad pública, puesto que la información que contienen los portales de transparencia analizados no está ni bien estructurada ni es de fácil asimilación. En la escala propuesta por Oscar Oszlak y Ester Kaufman (2014, p. 7) tras el análisis de los diferentes planes de acción enviados a la *Open government partnership (*OGP*),* estos ayuntamientos estarían lejos de la primera fase que corresponde «a ampliar la información pública disponible para la ciudadanía, la transparencia activa que permite al ciudadano acceder a información que legalmente tienen derecho a tener».

Con los resultados obtenidos, los ayuntamientos gallegos analizados aún no han alcanzado los llamados por Manuel Villoria, (2019, p. 16) valores democráticos de tercera generación, a los que se llegaría tras el paso por los valores de primera generación que seria los de imparcialidad, legalidad y objetividad y los de segunda generación que serían los de eficacia, eficiencia y economía.

Los datos demuestran que estamos, por tanto, iniciando un primer nivel en donde el concepto de transparencia con las características que apunta Ramírez-Alujas y Dassen (2012, p. 46) como fuente de información, interoperabilidad y el fomento de la rendición de cuentas de la administración ante la ciudadanía, está muy poco instaurados en los ayuntamientos gallegos analizados frente al nivel de desarrollo del ayuntamiento catalán que ha dado un paso más en los principios de gobierno abierto y ha instaurado mecanismos de escucha activa de su ciudadanía, consultas ciudadanas y ha dado a conocer su plan de actuación 2021-2023 abriéndolo a la colaboración ciudadana.

La transparencia en los ayuntamientos analizados no es un tema de agenda política, la información ofertada es escasa, de difícil compresión y sin actualizar, tampoco se fomenta su acceso ni se facilitan los accesos a la petición de información por parte de la ciudadanía, esta falta de promoción de su uso lo pone también de manifiesto a nivel nacional el informe del Grupo de Estados contra Corrupción (GRECO) de marzo de 2022, que nos indica la poca voluntad en sensibilizar al público en general sobre su derecho a acceder a la información así como el escaso desarrollo de la ley de transparencia, en este sentido, debemos recordar que el reglamento de desarrollo de la ley, cuya tramitación se inició en 2014 y ha finalizado en 2019, a día de hoy está sin aprobar.

Es muy importante caminar hacia una cultura de la integridad pública en todas las administraciones públicas, también en los pequeños ayuntamientos donde según las recomendaciones de la OCDE (2017) es preciso seguir las siguientes pautas:

- Fomentar una cultura de la transparencia en la organización.
- Posibilitando canales de denuncia de prácticas irregulares en contra de las normas de integridad.
- Ofrecer canales alternativos para la denuncia de sospechas de infracciones de normas de integridad, incluyéndose aquí, cuando proceda, la posibilidad de presentar denuncias a título confidencial ante un organismo facultado para llevar a cabo una investigación independiente.

La red de transparencia y participación de la FEMP, creada en 2015 no supone un empuje de los ayuntamientos adheridos al desarrollo de estos principios atendiendo a los datos de este estudio, El bajo número de entes locales incorporados con datos de abril 2022 tanto a nivel gallego (8 municipios sobre 313) como a nivel nacional (252 ayuntamientos sobre 8.131) desvirtúa su utilización como instrumento para el desarrollo de estos principios, los resultados nos muestran como ayuntamientos incorporados a la red, como es el caso del ayuntamiento de O Bolo, no han implantado estos principios de actuación y otras como el caso de Figaró-Montmany, no incorporado a esta red de la FEMP, está en un nivel de desarrollo muy superior al resto.

El principio de participación ciudadana a través de medios electrónicos es inexistente en los ayuntamientos gallegos frente al alto grado de desarrollo y múltiples procesos realizados por el ayuntamiento referente. Las redes sociales son utilizadas como tablones de anuncios sin que exista una comunicación bidireccional con la ciudadanía.

Los datos obtenidos de la encuesta de Sondaxe, S. L. ponen de manifiesto la preferencia de la ciudadanía por una atención presencial. El acceso a los servicios *on line* de las Administraciones Públicas en muchos casos es complicada, poco ágil y requiere de conocimientos básicos en el ámbito digital. En el mundo rural, donde la población está muy envejecida está siendo ya habitual acudir a las gestorías administrativas

para tramitar expedientes administrativos que solo permiten la opción *on line*, lo que supone un impedimento al principio de facilitar el acceso a la Administración a los ciudadanos que debe imperar en el sector público.

En España los desafíos y obstáculos de la implantación de las TICS en las Administraciones Públicas se han recogido, entre otros en la Agenda España Digital 2025 con el fin de impulsar la conectividad y la regularidad, la digitalización de la administración y del tejido productivo, así como las competencias digitales del conjunto de la sociedad. La existencia de una fuente de financiación asegurada a través de los fondos europeos *Next Generation EU,* puede dar a la Administración española un empuje definitivo en este tema siempre que vaya acompañada de un proceso y una cultura administrativa proclive a la innovación donde se combine la presencialidad en los trámites administrativos para aquellos sectores de la población más desprotegidos y con plataformas interoperativas entre todas las Administraciones Públicas de fácil y ágil acceso. Debemos acompasar lo público a otros procesos globales de la sociedad donde los códigos abiertos imperan (Open data*)*, (Open Business), (Open Economy), pero esto precisa un cambio de cultura administrativa, de valoración e implicación de la sociedad en lo público muy dificultado por la gran desafección existente y gran individualismo imperante.

Este proceso de cambio y transformación requiere de la remoción de múltiples obstáculos. Los datos recogidos en los cuestionarios y en las entrevistas, corroboran el informe de la OCDE (2016, p. 6), donde se establece que «los temas relacionados con los recursos humanos y la capacidad de los funcionarios públicos son citados como los tres mayores problemas a la hora de implementar las iniciativas de gobierno abierto». Los ítems peor valorados de las encuestas (comunicación, empleados e innovación en los ayuntamientos gallegos analizados) demuestran la existencia de elementos como la resistencia al cambio y la ausencia de comunicación, poco proclives a los cambios necesarios para poder implantar un gobierno abierto en una Administración local pequeña.

La cultura administrativa es un factor importante para el desarrollo del gobierno abierto, pero no el único. La implantación de estos principios requieren voluntad política, de un alto grado de implantación del gobierno electrónico y un clima organizativo favorable a procesos de innovación, es preciso avanzar hacia un liderazgo participativo, dejando atrás principios de imposición y jerarquía, fomentar medidas para la creación de grupos de trabajo, aumentar la confianza o**,** formación de los empleados, empatía y comunicación entre todas las partes, lo que llevará a repensar la exigencia de una nueva forma de gestionar el personal que presta servicios en los entes locales con mayor movilidad cooperación y comunicación.

La administración local como el resto de las Administraciones Públicas debe transitar a un modelo real de gobernanza debe mejorar el funcionamiento de todas las instituciones, dotarlas de mayor transparencia, que sin duda limitarían la corrupción política, de gran preocupación social según datos del Eurobarómetro de la Comisión Europea de 2022, en donde se exponen datos demoledores al concretar que el 89 % de la población española cree que la corrupción todavía está generalizada. Una mayor transparencia, colaboración y participación posibilitaría una mayor confianza de los ciudadanos en el sistema político.

Nos enfrentamos a problemas globales de la sociedad, el cambio climático, la migración, y muy recientemente, las pandemias mundiales, problemas globales que requieren de soluciones globales. Con el COVID-19, nos hemos dado cuenta de que no cabe una solución única de un país, en una situación, tan extrema, como la vivida recientemente, la sociedad civil, las grandes empresas, la comunidad científica ha colaborado activamente con las instituciones, para la fabricación y traslado de material sanitario, la investigación de las vacunas, la asistencia sanitaria etc., es preciso seguir con esta participación de todos los sectores implicados para poder dar solución a problemas globales. Si se quiere, realmente caminar hacia este «gobierno de redes» y de participación de todos los sectores es preciso un gran cambio social, de valores y educativo, acompañado de grandes reformas legales, que den peso a estos sectores y que no sean meros espectadores de las decisiones políticas. Es preciso instaurar, desarrollar y fomentar la transparencia activa y pasiva en los pequeños municipios como paso previo y necesario para alcanzar «instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles», sin una transparencia eficaz, ordenada, de fácil acceso a toda la ciudadanía, no será posible crear y fomentar políticas públicas orientadas a alcanzar estas metas pero para ello precisamos cambios importantes y decisivos que deben seguir la famosa cita de Charles Darwin, totalmente aplicable a nuestras instituciones y a todos los actores en ellas implicados. «No es la especie más fuerte la que sobrevive, ni la más inteligente, sino la que responde mejor al cambio». La Administración debe dar soluciones a necesidades nuevas de la población, donde la gestión del conocimiento, la información y los datos son fundamentales, donde el liderazgo debe ser plural y compartido, donde impere la gestión de consensos, el dialogo, la relación y la interconexión de todo los sectores implicados y un uso racional y controlado de la inteligencia artificial en todas las administraciones públicas.

Los resultados de la investigación muestran claramente la existencia de dos forma de gestionar los asuntos públicos desde la proximidad de los pequeños ayuntamientos, una más avanzada que ha dado paso

a la incorporación de los principios de gobierno abierto en su gestión diaria haciendo así realidad las palabras de Brugué y Gomà (2009, p. 265) al considerar los ayuntamientos como «los espacios más propicios para la innovación» y otros anclados en los principios rígidos de organización propios de otras épocas, en donde los valores democráticos de tercera generación aún no han llegado, en donde la transparencia no es tema de agenda política, se desconocen la necesaria planificación y evaluación de las políticas públicas y la gestión pública se centra únicamente en la solución de conflictos y problemas del día a día. El camino hacia estructuras de gestión local más participativas, inclusivas y representativas en los pequeños ayuntamientos va a ser largo y lleno de obstáculos, pero teniendo siempre presente que este cambio es posible y real, cambio al que algunos ayuntamientos de apenas 1.000 habitantes ya han iniciado con bastante éxito.

ANEXO. FICHAS METODOLÓGICAS SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS Y MATERIAL ANALIZADO

<table>
<tr><th colspan="5">Ficha metodológica: Gobierno Abierto</th></tr>
<tr><th colspan="3">Nombre de la variable</th><th colspan="2">Gobierno Abierto</th></tr>
<tr><td rowspan="4">Definición</td><th>Definición conceptual</th><th>Dimensión</th><th>Definición operacional</th><th>ITEM /indicadores</th></tr>
<tr><td rowspan="3">Principios de transparencia, participación y colaboración implantados desde las nuevas tecnologías.</td><td rowspan="3">Transparencia activa
Transparencia pasiva
Transparencia económica
Página web y participación
Derecho de acceso a la información
Acceso y dominio de nuevas tecnologías.</td><td>Check list TI.</td><td>80 Indicadores utilizados por TI en 2007 para analizar 110 ayuntamientos.
Indicadores propios:
Actualización de la información.
Contenido obligatorio y voluntario en el portal de la transparencia.</td></tr>
<tr><td>Observador participante.</td><td>Participación activa en proceso participativo desde página web institucional.</td></tr>
<tr><td>Datos estadísticos brecha digital.</td><td>Barómetro Galicia 02/2022. Sondaxe, S. L.
Requerimiento de información FEMP, sobre el número de ayuntamientos de la Red.</td></tr>
<tr><td>Metodología del cálculo</td><td colspan="4">Actualización de la información de los portales de transparencia según la siguiente puntuación. Muy actualizada, información del año 2022 (5 puntos), actualizada si la información es del año 2021 (4 puntos), poco actualizada, si la información es de los años 2020/2019 (3 puntos) y totalmente desactualizada si la información es anterior a 2019 (2 puntos) y si no existen datos (1 punto).
Indicadores de Transparencia Internacional (TI) 1 punto, en el caso de que la información del indicador está publicada en la Web del Ayuntamiento, 0,5 puntos si la información se publica parcialmente y 0 puntos si no hay información en la web. Divididos en los seis bloques temáticos de los 80 indicadores. Elaboración de una ficha de control por cada ayuntamiento con todos los indicadores a tener en cuenta en el estudio.</td></tr>
<tr><td>Referencias Indicador</td><td colspan="4">Índice ITA. Elaborado por Transparencia Internacional. Recuperado de: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/06/METODOLOGIA-UTLIZADA-EN-LA-VALORACION-DEL-ITA.pdf</td></tr>
<tr><td>Fuente de datos</td><td colspan="4">Portales de la transparencia de cada unidad de investigación. Datos de marzo 2022.
https://portaltransparencia.deputacionlugo.org/web/concello-de-rabade
http://transparenciaentidadeslocales.depourense.es/gl/web/o-bolo
https://sede.cerdido.es/sxc/gl/portal_transparencia/
https://www.eidolocal.gal/portal-transparencia/-/entidade/36014/visualizar
https://www.figaro-montmany.cat/ajuntament/portal-de-transparencia
Encuesta empresa Sondaxe, S. L. Envío por correo electrónico previa petición a la empresa conocido a través de artículo publicado en La Voz de Galicia día 05-03-2022. https://www.lavozdegalicia.es/noticia/galicia/2022/03/05/mayores-senalan-administracion-mayor-obstaculo-brecha-digital/00031646497063093217300.htm</td></tr>
</table>

Ficha metodológica: Cultura administrativa				
Nombre de la variable			**Cultura administrativa**	
	Definición conceptual	**Dimensión**	**Definición operacional**	**ITEM /indicadores**
Definición	Misión, valores que unen a los que trabajan en una organización.	Comunicación Identificación Innovación Liderazgo Valores Confianza Cultura política.	Cuestionario escala Likert Cuestionario piloto.	25 preguntas basadas en Bateman y Snell (1998, p. 273) adaptadas por Fernando Sousa Coelho sobre clima organizativo.
			Entrevista en profundidad, semiestructurada, sobre la organización y cultura política.	Qué personal y con qué formación está implicado en los principios de gobierno abierto. Organización interna e implicación de la sociedad civil. Cultura politica.
Metodología de cálculo	Cuestionario basado en Bateman y Snell (1998, p. 273) adaptadas por Fernando Sousa Coelho, 25 preguntas divididas en los siguientes bloques, comunicación (preguntas 1+20), Identificación (preguntas 3+11+12), Innovación (preguntas 2+15+24), liderazgo (2+5+13), calidad (preguntas 6+14+23), empleados (preguntas 7+19) soporte (preguntas 8+17) y valores (preguntas 9+16). La puntuación corresponde a cada una de las dimensiones del clima organizacional: los ítems 4, 19 y 24 tienen puntuajes invertidos. Puntuación superior a 100 puntos, muy bueno clima organizativo, ente 75/100 puntos, buen clima organizativo e inferior a 75 puntos, mal clima organizativo. Entrevistas en profundidad con la persona que realiza las funciones de secretaría-intervención en cada uno de los cuatro ayuntamientos gallegos analizados para conocer las peculiaridades, organización administrativa de cada ente local, así como el número de personal existente implicado en el desarrollo de los principios del gobierno abierto y su nivel de formación académica. La entrevista semiestructurada, fue realizada telefónicamente con carácter individual y con respuestas abiertas que sirvieron para ampliar la investigación a nuevos temas emergentes y relacionados con el objeto a investigar, colocando al entrevistado a una posición más cómoda.			
Referencias bibliograficas del indicador	Bateman y Snell (1998).			
Ámbito geográfico del cuestionario	Ayuntamientos de O Bolo, Crecente, Rábade, Cerdido y Figaró-Montmany. Localización: https://goo.gl/maps/MG2kXw8Vh9eptp5K6			

Fuente de datos: Ficha técnica del cuestionario	
Ficha técnica general del cuestionario clima organizativo	• Ámbito y tipo de encuesta. Municipal, cuestionario por correo electrónico con respuesta cerrada. Escala de Likert. • Ubicación: https://goo.gl/maps/MG2kXw8Vh9eptp5K6 • Selección de las encuestas. Realizado por el personal titular del puesto de trabajo de secretaría-intervención de cada ayuntamiento en función del grado de conexión en su trabajo con los principios del Gobierno Abierto. • Marco de muestreo. Listado de personas trabajadoras implicadas en la consecución de los principios de Gobierno Abierto en cada ayuntamiento. • Trabajo de campo. Del 2 de abril a 3 de mayo de 2022. • Nivel de confianza. 95 %-70 %. • Proceso de muestreo. Se contactó por medio de teléfono con la persona encargada de secretaría-intervención para que reenviara el cuestionario a todo el personal que consideraba implicado. La elección de esta persona radicó en que es la persona que tiene más contacto con todas las áreas del ayuntamiento. Se llevó a cabo una labor de persuasión para la entrega de los cuestionarios con varias llamadas telefónicas.

Ficha específica técnica del cuestionario municipal					
Ayuntamiento	**Cerdido**	**Rábade**	**Crecente**	**O Bolo**	**Figaró-Montmany**
Tamaño de la población	5	8	6	3	3
Proporción esperada	50 %	70 %	70 %	70 %	70 %
Error máximo aceptable	15 %	5 %	5 %	5 %	5 %
Nivel de confianza	70 %	95 %	95 %	95 %	95 %
Tamaño muestral	**4**	**8**	**6**	**3**	**3**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bateman, T. S. y Snell, S. A. (1998). *Administração: Construindo vantagem competitiva*. Atlas.

Brugué, J. y Gomà Carmona, R. (2009). Nuevas formas de gobernar: límites y oportunidades. En S. Fleury, J. Subirats, I. Blanco i Fillola y M. Baumann Burgos (coords.), *Respuestas locales a inseguridades globales: Innovación y cambios en Brasil y España* (pp. 265-284). Fundación CIDOB.

Calderón, C. (2012). Por qué un Gobierno Abierto. En G. Concha y A. Naser (eds.), *El desafío hacia el gobierno abierto en la hora de la igualdad*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL.

Calderón, C. y Lorenzo, S. (coords.) (2010). *Open Government – Gobierno Abierto*. Algón Editores.

Carmona Garias, S. (2017). *Democracia y Gobierno abierto: Una nueva cultura administrativa* [tesis doctoral]. Universitat Rovira i Virgili. https://www.tesisenred.net/handle/10803/671221

Cobo, C. (2012). Gobierno abierto: De la transparencia a la inteligencia cívica. En A. Hofmann, A. Ramírez Alujas y J. A. Bojórquez Pereznieto (coords.), *La promesa del gobierno abierto* (pp. 101-118). ITAIP e INFO DF.

Comisión Europea (2022). *eGovernment Benchmark 2022. Synchronising Digital Governments* (Realizado por Capgemini, Sogeti, IDC y Politecnico di Milano) [insight report]. European Commission. Directorate General for Communications Networks, Content and Technology. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/egovernment-benchmark-2022

Cruz Rubio, C. N. (2015). ¿Qué es (y que no es) gobierno abierto? una discusión conceptual. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (8), 37-53. https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2475

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2007). *Fundamentos de la metodología de la investigación*. McGraw-Hill e Interamericana de España.

Kooiman, J. (2003). Gobernar en gobernanza. En A. Cerrillo i Martínez (coord.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia* (pp. 57-81). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

Labastida, I. (2014). Transparencia. En *42 voces sobre gobierno abierto* (p. 39). Xarxa d´innovació pública. Recuperado de: https://www.coruna.gal/descarga/1453619431235/XX-42-voces-sobre-Gobierno-Abierto-abril-2014.pdf

López Pagán, J. (2016). *La ventana de oportunidades del gobierno abierto en España: Un análisis desde el ámbito local* [tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. https://eprints.ucm.es/id/eprint/38030/

Machado, A. (2010). Gobierno Abierto, una aproximación desde el Estado. En C. Calderón y S. Lorenzo (coords.) *Open Government – Gobierno Abierto* (pp. 103-125). Algón Editores. Recuperado de: https://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/163/8/978-84-937218-5-5.pdf

Martín Delgado, I., Campos Acuña, C., Güemes, C. y Villoria Mendieta, M. (2021). *Guía de gobierno abierto. IV Plan de gobierno abierto, España, 2020-2024*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. https://www.cepc.gob.es/publicaciones/monografias/guia-de-gobierno-abierto-iv-plan-de-gobierno-abierto

Martín González, Y. (2013). Política europea de reutilización de la información del sector público. De la norma jurídica al portal de datos abiertos. *RUE: Revista Universitaria Europea*, (19), 113-134. http://www.revistarue.eu/RUE/112013.pdf

Molina Dimitrijevich, A. (2011). AA.VV (Calderón, César y Lorenzo, Sebastián, Coordinadores): Open Government – Gobierno Abierto, Algón Editores, Jaén, 2010. *Revista Vasca de la Administración Pública*, (90), 307-317. https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.90.2011.09

Obama, B. (2009, 9 de marzo). *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*. The White House. https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/memorandum-heads-executive-departments-and-agencies-3-9-09

OCDE (2016). *Gobierno abierto. Contexto mundial y el camino a seguir. Aspectos claves 2016*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). https://www.oecd.org/gov/Open-Government-Highlights-ESP.pdf

OCDE (2017). *Recomendación de la OCDE sobre Integridad Pública*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). https://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/

Ortiz de Zárate Tercero, A. (2019). La ruta del gobierno abierto: un viaje que avanza en espiral. *El consultor de los ayuntamientos: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, (4), 70-77.

Oszlak, O. (2012). *Gobierno abierto: promesas, supuestos, desafíos* [VIII Conferencia Anual INPAE 2012: "Gobierno Abierto: Por una gestión pública más transparente, participativa y colaborativa", San Juan de Puerto Rico, 25 de abril de 2012]. https://repositorio.cedes.org/handle/123456789/4199

Oszlak, O. y Kaufman, E. (2014). *Teoría y práctica del Gobierno Abierto: Lecciones de la experiencia internacional*. IDRC, Red GEALC, OEA. Recuperado de: http://www.icai.org.mx/images/Gobierno%20Abierto/Biblioteca/EN%20EL%20MUNDO/cuatro.pdf

Pineda Nebot, C. (2009). Los Presupuestos Participativos en España: un nuevo balance. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (311), 277-302. https://doi.org/10.24965/reala.v0i311.9692

Ramió, C. (2015). La Administración pública del Futuro: La Administración «2050». *GIGAPP Estudios Working Papers*, *3*(8), 1-41. https://www.gigapp.org/ewp/index.php/GIGAPP-EWP/article/view/67

Ramió, C. (2021). *Organización informal y el conflicto en las organizaciones públicas* [documentación del módulo de máster universitario online en dirección pública y liderazgo institucional, curso 2021-2022]. Universidad de Vigo.

Ramírez Alujas, A. (2014). Gobierno abierto. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (5), 201-216. https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2180

Ramírez Alujas, A. y Dassen, N. (2012). Gobierno abierto: la ruta hacia una nueva agenda de reforma del Estado y modernización de la administración pública en América Latina y el Caribe. En N. Dassen y J. Cruz Vieyra (eds.), *Gobierno abierto y transparencia focalizada: Tendencias y desafíos para América Latina y el Caribe* (pp. 41-71). Banco Interamericano de Desarrollo. https://publications.iadb.org/es/node/16389

Subirats, J. (2014). Conceptualización. En *42 voces sobre gobierno abierto* (p. 23). Xarxa d´innovació pública. Recuperado de: https://www.coruna.gal/descarga/1453619431235/XX-42-voces-sobre-Gobierno-Abierto-abril-2014.pdf

Villoria Mendieta, M. (2012). El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo. En A. Hofmann, A. Ramírez Alujas y J. A. Bojórquez Pereznieto (coords.), *La promesa del gobierno abierto* (pp. 69-99). ITAIP e INFO DF. http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/41296

Villoria Mendieta, M. (2019). El reto de la transparencia. En *Anuario de Transparencia Local 2018* (pp. 15-41). Fundación Democracia y Gobierno Local. http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1946/04_VILLORIA_P13_P42_ATL_2018.pdf?sequence=1

Villoria Mendieta, M. (2021a). ¿Qué condiciones favorecen una transparencia pública efectiva? Artículo de revisión. *Revista de Estudios Políticos*, (194), 213-247. https://doi.org/10.18042/cepc/rep.194.08

Villoria Mendieta, M. (2021b). La protección al whistleblower: retos para la implementación en España. *Barataria: Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, (31), 20-39. https://doi.org/10.20932/barataria.v0i31.590

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023
Sección: RECENSIONES
Recibido: 31-03-2022
Aceptado: 23-11-2022
Publicado: 26-04-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: https://doi.org/10.24965/reala.11077
Páginas: 250-251

Referencia: Farinós Dasí, J. (2023). Esther Rando Burgos: Régimen Jurídico de la Gestión Territorial. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 250-251. https://doi.org/10.24965/reala.11077

Esther Rando Burgos: Régimen Jurídico de la Gestión Territorial

Esther Rando Burgos: Legal Framework of Territorial Management

Farinós Dasí, Joaquín
Universitat de València (España – Spain)
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1872-8556
joaquin.farinos@uv.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Análisis Geográfico Regional IIDL y Dpto. de Geografía de la Universitat de València. Presidente de FUNDICOT. Director de la Cátedra de Cultura Territorial Valenciana. Entre sus líneas de investigación principales, con importantes y relevantes aportaciones, se encuentran la ordenación del territorio y la gobernanza.

RESUMEN

Recensión del libro de Esther Rando Burgos, *Régimen jurídico de la Gestión Territorial*. Tirant lo Blanch, 2020, 464 pp. Prólogo de Diego J. Vera Jurado. La obra analiza de forma novedosa, rigurosa y completa, cómo gestionar la ordenación del territorio, uno de los grandes retos de la ordenación del territorio en nuestro país. Y lo hace aportando soluciones y herramientas que, desde el punto de vista jurídico, pueden ser determinantes en el avance de esta polémica cuestión. La autora refiere de manera rigurosa el inexistente régimen jurídico existente y, en lo que constituye todo un referente en esta función pública, lo configura, dotándolo incluso de los mecanismos que pueden posibilitar su puesta en marcha.

PALABRAS CLAVE

Ordenamiento jurídico; régimen jurídico; gestión territorial; ordenación del territorio.

ABSTRACT

Review of the book by Esther Rando Burgos, *Legal Framework of Territorial Management*. Tirant lo Blanch, 2020, 464 pp. Foreword by Diego J. Vera Jurado. The work analyzes in a new, rigorous and complete way, how to manage the planning of the territory, one of the great challenges of the planning of the territory in our country. And it does so by providing solutions and tools that, from a legal point of view, can be decisive in advancing this controversial issue. The author rigorously argues the existing non-existent legal regime and, in what constitutes a benchmark in this public function, configures it, even providing it with the legal mechanisms that can enable its implementation.

KEYWORDS

Legal system; legal regime; territorial management; spatial planning.

La razón y objetivo de la obra queda rápidamente definido en las primeras líneas de su presentación: «El presente trabajo se centra en explicar cómo se gestiona la ordenación del territorio, una de las principales carencias de esta función pública desde el punto de vista jurídico en nuestro país». Supone, por una parte, el arranque de una línea de trabajo consolidada en la trayectoria de su autora, que ha venido desa-

rrollando desde entonces y, por otro, el acercamiento a una de las cuestiones fundamentales y con mayor impacto para la política de ordenación del territorio en nuestro país, como es el reto de su puesta en práctica y gestión, de forma que procure los efectos previstos.

No es esta la única novedad y originalidad del texto, sino que se ve acompañada de otros valores relevantes que conviene señalar. De entre ellos cabe destacar el hecho de dar a la ordenación del territorio un tratamiento propio y diferenciado respecto del urbanismo; lo que no siempre resulta fácil, dada la prelación en el tiempo y la mayor consolidación en el ámbito del derecho del segundo (cuyo acervo se reconoce y al que recurre). En este caso, de forma explícita se trata de llegar a una consideración particular de la ordenación del territorio como política diferenciada de aquel. Otro de los rasgos distintivos y valorables del trabajo, y que también lo hace original, es su carácter transversal, en consonancia como el tema objeto de estudio, abierto a enfoques y planteamientos procedentes de diferentes disciplinas que lo comparten. Sin perder el registro y enfoque predominante de una obra dentro del campo del derecho, esto se hace evidente a lo largo de todo el texto y sus aclaradoras notas a pie de página, como también en el listado de bibliografía final.

Señala con acierto la autora uno de los problemas principales a los que se sigue enfrentando la ordenación del territorio y los instrumentos que la desarrollan, como también los urbanísticos, aunque estos últimos gocen de mayor concreción y una aparente mayor seguridad jurídica. Este no es otro que las dificultades de poder llevar a la práctica lo planificado, la forma en que se pueden implementar, gestionar y seguir; lo que a su vez se pone en relación con sus posibilidades de permanencia en el tiempo o, dicho de otro modo, del riesgo de anulación de los planes. Mucho tiene esto que ver con las formas y procedimientos mediante los que se elabora el plan, y con la poca atención prestada a las rutinas formales mediante las que esta adecuada aplicación y gestión puede ser llevada a cabo. Y, ante tal circunstancia, la autora ofrece, de forma nuevamente original y como cierre del trabajo, la solución para esta gestión que se reclama. Propone los ámbitos, foros y rutinas formales, así como las adecuadas herramientas, con que poder proceder de acuerdo con el diagnóstico y el análisis comparado realizado en los diversos capítulos de la obra.

De una forma coherente y lógica para el lector, el libro queda estructurado en cinco grandes capítulos, que se rematan con un breve apartado de conclusiones a modo de colofón final. Los dos primeros, sintéticos y con una extensión de una veintena de páginas cada uno, ofrecen un claro carácter introductorio. El primero, dedicado a presentar cuál es el marco de la ordenación del territorio en el conjunto español y la influencia europea recibida de las últimas décadas; el segundo a la necesidad, el reto, de pasar de poner el foco en el proceso de planificación a hacerlo en la ejecución y gestión. En este segundo capítulo, lo que da pie a los capítulos tercero y cuarto, respectivamente, la autora hace una distinción entre una gestión propia de la planificación territorial, que más tiene que ver con los esfuerzos y canales de coordinación interadministrativa en el conjunto del Estado español (multinivel y sectorial, incluyendo la evaluación de la propia gestión, junto a la de los instrumentos de planificación), y otra «gestión territorial» (a la que se dedica el capítulo cuarto) que podemos interpretar como más estratégica, más flexible y con mayor foco o amplitud. Para ello recurre a los estudios de caso y al derecho comparado, de muy diversa naturaleza y escala; iniciativas y mecanismos de gestión territorial llevadas a cabo para espacios supramunicipales de diversas Comunidades Autónomas españolas (Andalucía, Aragón, Cataluña, Castilla y León, Galicia, Comunitat Valenciana) y países de la Unión Europea (Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido), que la autora considera de interés como casos de buena práctica.

De estos dos extensos capítulos, en especial el cuarto, resulta un último quinto, a modo de una síntesis que combina las lecciones aprendidas de los dos anteriores, en el que se plantea la propuesta mixta de ambos tipos de gestiones (de la planificación y la territorial) de acuerdo con el pretendido objetivo de hacer de la ordenación del territorio una política útil y reconocible, legitimada por sus resultados. Lo cual requiere de unos adecuados foros, rutinas e instrumentos de gestión que sigan y completen la tradicional formulación de los planes, tratando con ello de superar algunos de los importantes retos y limitaciones a los que se enfrenta. En suma, un valioso trabajo cuya lectura resultará esclarecedora y útil, para poder seguir avanzando en el objetivo de consolidar la ordenación del territorio como política pública con unos objetivos y métodos claros en defensa del interés general y la calidad de vida de la población.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Rando Burgos, E. (2020). *Régimen jurídico de la Gestión Territorial*. Tirant lo Blanch.